



HERRAMIENTAS PARA UNA JUSTICIA EFICIENTE

Tiempo de cambios en los procesos judiciales

EL IMPACTO DEL COVID-19, LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA ORALIDAD O JUICIO POR AUDIENCIAS

M. Belén Güemes (*)

SUMARIO: I.—Tiempo de cambios: el COVID-19 y su impacto en los procesos judiciales.— II. La oralidad en los procesos judiciales civiles, laborales y administrativos.— III. La oralidad y los cambios en la dinámica de la oficina judicial.— IV. La inteligencia artificial (IA) como herramienta para que la oralidad en los procesos sea efectiva.— V. Conclusión.

➔ Es necesario que todas las personas que se desempeñan en los equipos de trabajo vayan desarrollando las habilidades necesarias para ser a corto plazo sustituidas por los sistemas de inteligencia artificial con un aporte humano de calidad que sumaría a la gestión de los procesos judiciales competencias personales que no pueden (ni podrán) ser realizadas por máquinas. Precisamente, la oralidad o juicio por audiencias es un camino adecuado para ir desarrollando esas habilidades.

I. Tiempo de cambios: el COVID-19 y su impacto en los procesos judiciales (**)

Mucho se ha dicho ya sobre la forma en que el COVID-19 y las medidas de aislamiento preventivo o distanciamiento social dispuestas impactaron en tantos aspectos de nuestra vida.

Es claro que esta pandemia vino a “patear el tablero”, a modificar sustancialmente los escenarios en los que nos movemos. Y trajo

consigo la necesidad de adaptarnos rápidamente a la nueva realidad.

El proceso judicial no es la excepción. Cualquiera profesional que ejerza como litigante o se desempeñe en algún ámbito del Poder Judicial puede dar su testimonio en este sentido. Es lógico que el impacto sea fuerte, ya que (en general) los procesos judiciales están pensados, regulados y organizados en función de la presencia física de las partes, abogados y peritos. Y, en muchas jurisdicciones, los pasos y trámites del proceso se registran, en todo o en parte, sobre la base de un expediente físico, en formato papel.

Por otro lado, no es en vano recordar que en nuestro sistema federal las realidades de los Poderes Judiciales provinciales son asimétricas. Algunos ya cuentan con expedientes digitales (o casi completamente digitales), lo que es una fortaleza indiscutible al momento de enfrentar las consecuencias de la pandemia.

En cualquier caso, en la mayoría de los Poderes Judiciales, tanto de las provincias como el federal [además de momentos de suspensión de plazos y/o ferias judiciales con guardias para los casos urgentes (1)], se ob-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

La audiencia preliminar como herramienta esencial de la gestión del flujo de casos para una justicia efectiva y eficiente

Francisco A. Hankovits (*)

SUMARIO: I. La necesidad de adopción de la técnica de gestión de flujo de casos para la justicia actual.— II. La audiencia preliminar y su utilidad real en el resultado del proceso.— III. Colofón.

➔ La audiencia preliminar democratiza el proceso judicial, ya que (el o) la sentenciante conjunta, y simultáneamente con los abogados y abogadas, deben definir colaborativamente las cuestiones que serán motivo de debate judicial, como también la prueba pertinente para acreditar los aspectos fácticos del caso; y no los jueces en soledad, luego de tramitado todo el proceso, al momento de emitir su pronunciamiento sobre el mérito de la litis.

I. La necesidad de adopción de la técnica de gestión de flujo de casos para la justicia actual

Sin dudas el objetivo primero del sistema judicial debería ser la tramitación de los casos con la máxima eficiencia consistente con el valor *justicia* (1). El tiempo razonable de proceso de un asunto judicializado también

es parte de la configuración de la justicia de ese caso.

El tiempo prolongado de tramitación de los juicios y con ello los consecuentes costos que se insumen por su falta de decisión oportuna —más allá de las condenas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación del plazo razonable en el proceso civil (art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en los casos “Furlan” (sentencia del 31 de agosto de 2012), “Mémoli” (sentencia del 22 de agosto de 2013) y muy recientemente en el caso “Jenkins” (sentencia del 26 de noviembre de 2019)— son un facilitador al incumplimiento de las obligaciones —o a su cumplimiento parcial—, pues el afectado tiene que transitar un proceso caro, lento y burocratizado para reclamar por su derecho. “Ello a tenor de la ineficacia que evidencia el sistema judicial desde el plazo que insume un proceso hasta la calidad de respuesta que brinda para dar solución a un conflicto” (2).

CONTINÚA EN PÁGINA 5

DOCTRINA

Tiempo de cambios en los procesos judiciales
El impacto del COVID-19, la inteligencia artificial y la oralidad o juicio por audiencias
M. Belén Güemes 1

La audiencia preliminar como herramienta esencial de la gestión del flujo de casos para una justicia efectiva y eficiente
Francisco A. Hankovits 1

NOTA A FALLO

La suspensión de retenciones por impuesto a las ganancias sobre la jubilación y el estado de vulnerabilidad del afiliado
Julián A. De Diego 7

INFOGRAFÍA

El proceso ante la pandemia. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires..... 9

JURISPRUDENCIA

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Medida cautelar que ordena el cese de retenciones sobre haberes previsionales. Jubilada de 74 años con tumor cerebral. Situación de vulnerabilidad. Naturaleza alimentaria de la jubilación. Importancia económica que representa la retención (CFed. La Plata)..... 6

AUSENCIA DE RELACIÓN LABORAL. Asociado de una cooperativa. Funciones de chofer prestadas a favor de una empresa distribuidora de energía eléctrica (CNTrab.)..... 10

EXCLUSIÓN DEL MONOTRIBUTO. Exclusión por superar el límite máximo de ingresos de la categoría. Método de lo devengado. Alegación de existencia del error al completar el claro correspondiente al período devengado. Falta de prueba. Ausencia de afectación del derecho de trabajar y ejercer actividad lícita (CNFed. Contenciosoadministrativo) 11

Tiempo de cambios en los procesos judiciales

VIENE DE TAPA

servaron cambios producidos por la “nueva normalidad”.

Entre esos cambios, podemos mencionar la modalidad laboral de teletrabajo (2), el desarrollo de sistemas *online*, plataformas digitales o portales electrónicos para la presentación de escritos (3), la recepción de escritos en formato digital por correo electrónico y/o WhatsApp (4), la realización de audiencias por medios digitales (5), la mayor utilización de herramientas de notificación digitales o electrónicas (6), el comienzo o intensificación del uso de la firma digital o electrónica (7), la suscripción de convenios entre jurisdicciones o con entidades y organismos locales para realizar las notificaciones o pedidos de informes en forma electrónica (8), la utilización de plataformas o sistemas de turnos *online* para la atención al público (9) y la autorización para comunicar traba de embargos, realizar órdenes de pago, libramientos o transferencias de manera electrónica (10).

En definitiva, la pandemia marcó la importancia y premura de actualizar los procesos judiciales, utilizando las herramientas tecnológicas existentes en nuestro tiempo para sumar calidad en todos los sentidos: atención al público, presentación de escritos, notificaciones, producción de prueba y toma de decisiones.

Pareciera que esta crisis vino a traer mayor consenso entre los operadores jurídicos sobre la urgente necesidad de buscar en forma creativa y colaborativa nuevas soluciones. Y también consenso sobre la necesidad de que, dentro de las posibilidades, se invierta en tecnología, en el desarrollo o contratación de sistemas de tecnología actual y en la capacitación de los usuarios para el conocimiento y modo de uso de herramientas informáticas que pueden ser utilizadas en forma gratuita o sin mayores gastos.

Este momento de cambios, que impulsa y compele al uso de la creatividad, es también tiempo propicio para reflexionar sobre otras tecnologías de nuestro tiempo que podrían ser de gran utilidad para mejorar en forma sustancial todos estos aspectos de los procesos judiciales que ya mencionamos: la atención al público, las notificaciones, la pro-

ducción de la prueba y, además, la toma de decisiones.

Me refiero a la inteligencia artificial. En esta oportunidad, relacionándola con otro de los grandes cambios recientes producido en muchas provincias de la Argentina en los procesos no penales: la oralidad o juicio por audiencias.

II. La oralidad en los procesos judiciales civiles, laborales y administrativos

En los últimos tiempos, la oralidad o juicio por audiencias en los procesos judiciales civiles (y, en algunos casos, también laborales y administrativos) (11) es tendencia en nuestro país (12).

Son muchas las provincias que lo están implementando, todas con resultados muy alentadores (13).

Valga aclarar que, en rigor de verdad, no se trata en general de procesos totalmente orales, sino que siguen siendo en gran parte escritos, aunque estructurados con base en dos audiencias (14).

Entre esas dos audiencias debe mediar un corto tiempo, de no más de tres o cuatro meses. Y en cada una de ellas se resuelven muchísimas cuestiones que antes se resolvían por escrito, de manera más rápida y dinámica. Además, esas audiencias sirven para ordenar los tiempos del proceso, especialmente el de producción de la prueba, que es el que habitualmente retarda más el trámite de los casos.

En un proceso ante primera instancia, podemos diferenciar las siguientes etapas:

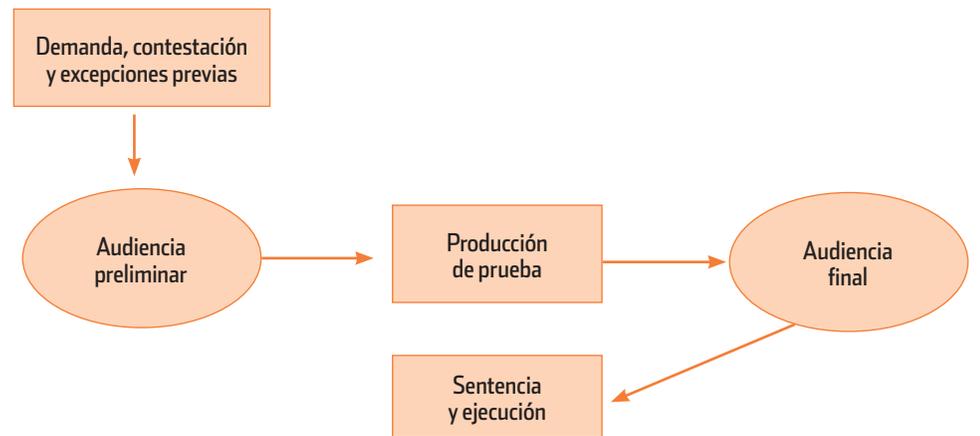
1. Una etapa totalmente escrita, consistente en la demanda, su proveído inicial por parte del juzgado, la contestación de la demanda y su proveído, la sustanciación y resolución de las excepciones previas, si se plantearon; la fijación de la audiencia preliminar, su notificación y el proveído de toda la prueba que pueda producirse antes de la audiencia preliminar, como ser la prueba documental. También en esta etapa las partes pueden impugnar los puntos de pericia u ofrecer otros, si es que hay prueba pericial ofrecida.

2. Otra etapa, que en algunas jurisdicciones se realiza en forma totalmente oral (con registro por medios audiovisuales) y en otras en forma mixta entre oralidad y registro escrito, se trata de la audiencia preliminar.

3. Una etapa de producción de toda la prueba que no vaya a ser producida en la audiencia final, informes y periciales, entre

otras. Dado el informalismo que imprime la propia dinámica de la oralidad, si bien será en parte escrita, incorporará nuevas herramientas, como comunicaciones telefónicas, por WhatsApp y por otros medios a fin de impulsar la producción oportuna de la prueba.

4. Una etapa puramente oral, la audiencia final o de vista de causa, en la que se toman todas las declaraciones de testigos y de parte y se solicitan explicaciones a los peritos (si es necesario). En esta audiencia las/los aboga-



III. La oralidad y los cambios en la dinámica de la oficina judicial

La implementación de la oralidad o juicio por audiencias no viene exenta de nuevos desafíos y obstáculos.

El primero de ellos es la necesidad de establecer “nuevas estructuras procesales”, que involucre la necesidad de discutir sobre nuevas estructuras orgánico-funcionales, nuevas modalidades de organización y distribución del trabajo y nuevas herramientas para la gestión del conflicto (15).

Esto es así porque los equipos de trabajo de los juzgados comienzan a realizar tareas que antes no se hacían.

Por ejemplo, realizar un trabajo más puntilloso a la hora de fijar los hechos controvertidos y, sobre la base de eso, proveer en forma más estricta solo la prueba que sea conducente, para optimizar el uso del tiempo y los recursos.

Organizar la toma de audiencias, llevando la agenda, organizando espacios; hoy también remitir invitaciones por correo o WhatsApp para unirse a la audiencia mediante una plataforma digital y estar comunicados con las partes por si tienen inconvenientes de acceso a internet u otros que deban ser resueltos.

Posteriormente, ir controlando que la prueba se produzca antes de la audiencia

dos/as pueden alegar sobre la prueba en forma oral. La audiencia se registra a través de videofilmación y solo se confecciona un acta dejando constancia de quiénes están presentes.

5. Una etapa escrita (que también podría ser oral si las normas procesales lo permiten) en la que se resuelve sobre el fondo de la cuestión y se explican los fundamentos, es decir, se dicta la sentencia. Y luego, la ejecución de esa sentencia.

final y comunicarse en forma constante con abogados/as y peritos para instar la producción, además de ir sorteando en forma creativa los inconvenientes prácticos que van surgiendo para facilitar a las partes la producción de esa prueba en el acotado lapso de tiempo comprendido entre la audiencia preliminar y la final. Esto requiere el desarrollo de habilidades de comunicación, creatividad y resolución de problemas.

Es muy probable que, si el sistema se gestiona eficientemente, con el correr del tiempo exista un alto porcentaje de procesos que finalicen con una conciliación, porque las personas involucradas en un proceso sabrán que en un corto plazo la cuestión va a estar resuelta.

Entonces, quien se vea en situación de desventaja y crea que puede resultar perdedor estará mucho más abierto a conciliar que en el sistema anterior, en el que el factor del tiempo (prolongado) de sustanciación del proceso no era un aliciente adecuado para favorecer la conciliación.

Es cierto que todo ese trabajo “nuevo” a ser realizado por los equipos de los juzgados será compensado con las tareas que se dejan de hacer justamente en los casos en que el juicio finalice por conciliación, porque se evitan muchos pasos procesales. Así, si se concilia en la audiencia preliminar, se ahorra todo el trabajo de producción de prueba, planteos de negligencias probatorias, incidencias, etapa de alegatos, sentencia, apelación, etcétera.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Jueza en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Corrientes. A cargo del juzgado piloto en implementación de IA (convenio del Superior Tribunal con el Ministerio Público Fiscal y el Departamento de Inteligencia Artificial de la UBA - Prometea). Integrante de la Comisión de Seguimiento de Oralidad del Poder Judicial de Corrientes; de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Procesal Administrativo presentado por el Poder Judicial y del Círculo de Estudios Procesales de Corrientes (CEP). Magister en Derecho Administrativo, diplomada en Derecho 4.0 y en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Docente de grado y posgrado.

(**) “Cuando soplan vientos de cambio algunos construyen muros. Otros, molinos”. Proverbio chino.

(1) Ver Reporte CEJA, “Estado de la justicia en América Latina bajo el COVID-19”, p. 5, disponible en [file:///D:/Usuario/Downloads/REPORTECEJA_Estado-de-la-justicia-en-AL-bajo-el-COVID19_Mayo2020%20\[1\].pdf](file:///D:/Usuario/Downloads/REPORTECEJA_Estado-de-la-justicia-en-AL-bajo-el-COVID19_Mayo2020%20[1].pdf).

(2) Ver, entre otros, Ac. CS 13/2020; Ac. extr. ST Corrientes 7/2020 y 8/2020; Ac. SC Mendoza 29.507 y 29.508/2020; res. SCBA 10/2020 y 21/2020; res. CM 63/2020 y Fiscalía General 37/2020 de la CABA; res.

ST Chaco 210/2020; Ac. SC Chubut 4780/2020; res. ST Formosa 90/2020; Ac. ST Pampa 3694 y 3698/2020; Ac. extr. TS Misiones 7/2020; Ac. extr. TS Neuquén 5925, 5926 y 5927; Ac. ST Río Negro 11 y 13/2020; Ac. CJ Salta 13.086; Ac. Superintendencia CJ San Juan 32/2020; Ac. ST San Luis 159/2020; Ac. ST Santiago del Estero 134/2020. Para más información sobre el ecosistema normativo digital, se puede consultar un trabajo de recopilación y sistematización que realizamos con un equipo conformado por personas de distintas provincias y liderado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la UBA (IALAB) y la JUFEJUS, y que está disponible en <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/05/Ecosistema-normativo-digital-de-la-Justicia-Argentina.pdf>.

(3) Ver, p. ej., Ac. ST Misiones 7/2020; Ac. extr. ST Corrientes 7, 9 y 11/2020; Ac. CS 4/2020; res. 210, 223/2020 y Ac. ST Chaco 3457 y 3477; res. 3, 10, 15, 480/2020 y Ac. SCBA 3886.

(4) Ver, p. ej., circular CS Santa Fe 40/2020; res. SC Santa Cruz 15/2020; Ac. CJ San Juan 47/2020.

(5) Ver, entre otras, Ac. CS Mendoza 29.511; Ac. extr. ST Corrientes 7 y 8/2020; res. SCBA 10 y 12/2020; res.

ST Chaco 210/2020; res. TS Córdoba 4/2020; Ac. TS La Pampa 3694.

(6) Ver, p. ej., Ac. CS 11 y 12/2020; Ac. CJ San Juan 32 y 37/2020; Ac. CS Tucumán 236 y 237/2020; Ac. TS San Luis 159/2020; Ac. CS Mendoza 29.508 y 29.517/2020.

(7) Ver, p. ej., Ac. CS 11 y 12/2020; Ac. SCBA 3975; res. 292 y 381/2020 del Consejo de la Magistratura de la CABA.

(8) Ver, p. ej., <http://www.juscorrientes.gov.ar/justicia-administrada/comunicaciones-justicia-administrada/comunicaciones-electronicas/>.

(9) Ver, p. ej., Ac. extr. ST Corrientes 12/2020; Ac. CS Mendoza 29.511/2020; res. 63/2020 del Consejo de la Magistratura de la CABA.

(10) Ver, p. ej., Ac. CS 9/2020; res. SCBA 16/2020; Ac. ST Jujuy 26/2020; Ac. CJ Catamarca 4444 y 4446; res. ST Chaco 210/2020; Ac. CS Chubut 4868/2020; res. 63/2020 del Consejo de la Magistratura de la CABA y res. ST Tierra del Fuego 31/2020.

(11) En algunas provincias como San Juan y Corrientes.

(12) Ver SOTO, Andrés A., “El movimiento hacia la oralidad en el proceso civil y comercial. Proyecciones en

el proceso, el juez, en la calidad y técnica de la prueba”, LA LEY, 2018-B, 823, AR/DOC/528/2018.

(13) Ver www.justicia2020.gov.ar/logros/ y CHAYER, Héctor - ALFANDARI, Martín S., “Resultados de la generalización de la oralidad civil a nivel nacional, marzo 2019”, en CHAYER, Héctor M. - MARCET, Juan Pablo (dirs.), *Oralidad civil efectiva en Argentina*, SAIJ, 2019, ps. 193/245, disponible en <http://www.bibliotecadigital.gov.ar/items/show/2587>.

(14) Incluso el reciente Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial propone esta estructura del proceso; texto disponible en <https://www.justicia2020.gov.ar/eje-civil/codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>. Ver también “Bases para la reforma procesal civil y comercial”, SAIJ, Buenos Aires, 2018, 1ª reimp., ps. 27/30. También en las provincias, como el reciente Anteproyecto de Código Procesal Civil de Corrientes, presentado el 13/11/2019, se propone esta estructura con base en dos audiencias; ver texto disponible en <https://hcdcorrientes.gov.ar/sistema-epcc-ANTEPROYECTO%20FINAL.pdf>.

(15) Conf. Conclusiones de la Comisión 2 (Civil), “Nuevas estructuras procesales”, del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, 2019.

Pero, a la vez, si los procesos se resuelven en corto plazo, es muy probable que crezca la demanda. Es decir, que se inicien más procesos por año.

Es fundamental entonces ir pensando en herramientas de gestión que coadyuven para que la oralidad sea efectiva.

IV. La inteligencia artificial (IA) como herramienta para que la oralidad en los procesos sea efectiva

La inteligencia artificial [con sus distintas variables y técnicas (16)] surge, así, como una excelente aliada o herramienta complementaria para la necesaria transformación de la oficina judicial.

Aunque a muchos les suene rara y lejana la idea de inteligencia artificial, lo cierto es que ya está presente en muchas herramientas que estamos acostumbrados a usar habitualmente, tanto en los buscadores de internet como en distintas plataformas digitales (17).

En la Argentina podemos citar como ejemplo de la utilización de inteligencia artificial para los procesos judiciales el caso de Prometea (18), que ha demostrado llegar a resultados sorprendentes (19).

Como explica Corvalán, la IA implica utilizar algoritmos inteligentes que son diseñados para procesar datos e información, aplicando diversas técnicas informáticas, con la finalidad de resolver problemas y tomar decisiones. Se dirige a obtener resultados específicos en ciertas actividades o ámbitos concretos, que antes solo podían obtenerse a partir de nuestros cerebros. Esto se vincula claramente con la base del concepto de inteligencia humana: extraer, seleccionar, recortar y organizar información disponible para tomar decisiones y resolver problemas. Pero en el caso de la IA, aprovechando tres características que superan ampliamente nuestras capacidades cognitivas: la velocidad de procesamiento, la posibilidad de conectarse y articular con otros sistemas de forma instantánea y la capacidad casi infinita para almacenar los datos y la información (20).

Es decir, es un sistema basado en la máquina que puede, para un conjunto de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones y recomendaciones o tomar decisiones que influyen en entornos reales o virtuales (21).

Veamos, entonces, dentro de las etapas que señalamos más arriba, algunas posibles aplicaciones de la IA.

En la primera etapa escrita: esta primera etapa es campo fértil para la aplicación de la IA. Es esencial que esta etapa sea realizada en forma dinámica y rápida (y que el proceso no quede estancado en este inicio) para evitar el “costo” que el paso del tiempo tiene en los procesos judiciales (como ser las dificultades en la producción de la prueba cuando ya transcurrió un tiempo considerable desde

que ocurrieron los hechos que se deben probar, la falta de aliciente para conciliar que implican los procesos judiciales lentos, etc.).

Podemos utilizar IA para el primer análisis formal de la demanda (recaudos formales de los escritos, pago de tasas de justicia, aportes a los colegios profesionales, etc.) y su proveído inicial.

Aquí podemos usar la técnica más sencilla de automatización, y el control previo y proveído inicial será realizado con intervención de un usuario (personal del juzgado) o en forma directa por el sistema (si la presentación de la demanda y documental es totalmente digital) y luego controlado por quien firma.

Es una tarea automatizable (22) porque podemos en forma clara determinar qué es lo que se chequea en cada caso concreto y cuál es la respuesta dependiendo del resultado del chequeo realizado. Es decir, pueden confeccionarse árboles de decisión con base en las respuestas que ya están predeterminadas por las leyes procesales, los reglamentos aplicables y el criterio práctico del juzgado.

Así, por ejemplo:

— Si la parte no firmó la demanda o no firmó un abogado/a: intimar a que lo realice en un término determinado bajo apercibimiento de tener por no presentado el escrito.

— Si la parte no constituyó domicilio: intimar a que lo haga en un plazo bajo apercibimiento de que todas las notificaciones se realicen en forma automática por ministerio de ley, etcétera.

Y así con los distintos recaudos procesales.

En síntesis, es posible predeterminar las variables que pueden darse y sus consecuencias, por lo que es una tarea pasible de automatizar.

Incluso (con las previas reformas procesales requeridas) esta etapa podría ser resuelta en forma directa por el sistema, sin intervención humana, sobre la base de las variables predeterminadas por el/la juez/a y firmada con firma digital (sin control humano). En este caso, con la posibilidad de que, ante algún error, pueda interponerse una revocatoria que sí deberá ser resuelta con intervención humana.

Entiendo que es así porque, como dijimos, tanto los chequeos como las respuestas pueden ser predeterminados y previstos de antemano para la elaboración del árbol de decisión (los supuestos posibles y sus respuestas) con el criterio de quien firma.

Es decir, existiría una intervención humana previa al fijar los criterios a utilizar para la elaboración del árbol de decisión, y luego podría dictarse la providencia en forma automática. Esto aceleraría sustancialmente los tiempos del proceso.

Lo mismo ocurre con el proveído de la contestación de la demanda, en cuanto pueden preverse de antemano los chequeos a realizar, los plazos para contestar la demanda y el sistema podría (si están incorporadas las cédulas o notificaciones en forma digital) “leer” cuándo se notificó, contar en forma automática (con calendarios en los que ya se marcaron los días hábiles judiciales) si está en término o no y si cumple con todos los recaudos formales, y elaborar el proveído de contestación de demanda, ya sea con o sin intervención de un usuario (personal del juzgado) para su control y firma posterior.

De existir excepciones previas, su resolución también es ámbito propicio para la utilización de la IA. Por ejemplo, sobre la base de palabras clave podrían detectarse con mayor velocidad los casos en los que ya hay criterio del juzgado, de la Cámara de Apelaciones correspondiente, del Superior Tribunal o de la Corte Suprema. Es decir, es una búsqueda de jurisprudencia más rápida y avanzada para poner a disposición de quien elabora y de quien controla, corrige y firma los proyectos.

Pensemos también en los múltiples procesos con objeto similar e iguales demandados (que muchas veces tramitan en los juzgados), en los que suelen plantearse las mismas excepciones en forma habitual, repetitiva. Estas excepciones pueden resolverse con base en un par de variables distintas, por lo que podría utilizarse un sistema predictivo (o automatizado) como herramienta para ayudar a la confección del proyecto de resolución.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la IA puede servir para interconectar sistemas y analizar bases de datos, podría ser altamente eficiente para detectar dobles iniciaciones de causas en distintos juzgados, como así también la existencia de cosa juzgada o litispendencia, en cuanto se presenta la demanda.

En lo que hace a la fijación de las fechas para la audiencia preliminar (o final) en caso de que existan salas de audiencias compartidas, también puede utilizarse la herramienta de la IA para calendarizar las audiencias. Para eso, se le “indican” previamente al sistema las restricciones que existen: por ejemplo, restricciones horarias de acuerdo con los jueces, fiscales o defensores intervinientes, restricciones en cuanto a que no se fijen dos audiencias simultáneas en las que deban participar los mismos jueces, defensores, fiscales o abogados apoderados, tipos de audiencias, etc., períodos mínimos y máximos de tiempo en los que debe ser fijada la audiencia, etc., para que el sistema procese la información de todos los juzgados y asigne una fecha válida (23).

Además, una vez fijada la audiencia preliminar, el sistema podría confeccionar automáticamente la notificación (24), ya sea por correo electrónico, cédula o el medio que prevea la norma procesal aplicable, salvo claro está, que sea una notificación automá-

tica o por ministerio de ley, en cuyo caso no es necesario confeccionar notificación alguna. Esto podría hacerse automáticamente si el sistema de IA tiene acceso al sistema de gestión de expedientes que se utilice y si en este están cargados los datos de las personas a notificar.

De la misma manera, si en el proveído que fija la audiencia preliminar también se ordena prueba documental para poder contar con ella el día de la audiencia —y su requerimiento mediante oficio, por correo electrónico u otros medios—, utilizando IA se podría confeccionar automáticamente el requerimiento o pedido mediante el acceso a una base de datos actualizada y común a todos los juzgados en la que consten las direcciones o correos electrónicos de los distintos organismos públicos y privados a los que comúnmente se realizan requerimientos.

En la segunda etapa, audiencia preliminar: en esta etapa se requieren muchas habilidades que hasta el momento las máquinas no han desarrollado, como las necesarias para conciliar, negociar y resolver problemas prácticos teniendo en cuenta una innumerable cantidad de variables, incluyendo cuestiones emocionales que funcionan como trabas o, por el contrario, como puentes para la resolución del conflicto y que pueden ser advertidas en el trato personal y directo.

En la audiencia se realiza una escucha activa de las personas involucradas, se intenta acercar a las partes y que lleguen a un acuerdo. Si no se logra un acuerdo, se fijan los hechos controvertidos y se ordena producir la prueba que es conducente. Además, se conviene y coordina con las partes el plan de trabajo para la producción de la prueba.

En algunas jurisdicciones, el registro de la audiencia se realiza exclusivamente mediante videofilmación. En otras, se confecciona también un acta escrita en la que se consigna quiénes estuvieron presentes, se deja constancia de los hechos que se entienden controvertidos y de lo resuelto con respecto a la prueba, tanto sobre admisibilidad como en lo que hace al plan de trabajo para su producción.

En el caso de que se deje registro en un acta escrita, se puede utilizar un sistema de IA que vaya convirtiendo a texto escrito lo que se va hablando en la audiencia (existen apps gratuitas que lo realizan) para dejar constancia en el acta: quiénes están presentes, cuáles son los hechos controvertidos y lo que se resuelve en materia de prueba.

Por otra parte, se ha dicho que también podría utilizarse para algunos tipos de procesos (p. ej., daños) para realizar análisis previos de posibilidades de éxito (25). En este sentido, podría ser útil un análisis realizado sobre las bases de datos de los juzgados, cámaras, superior tribunal de la causa y Corte Suprema, que puedan servir como guía o dato a tener en cuenta para las conciliaciones.

{ NOTAS }

(16) A modo de ejemplo, podemos citar el aprendizaje profundo (*deep learning*), que es una técnica de aprendizaje basada en redes neuronales artificiales. Esta técnica requiere de grandes volúmenes de datos para su entrenamiento y no es posible en este caso determinar cuál fue la lógica de procesamiento de datos que sigue la máquina para llegar a una solución (es una caja negra). En síntesis, no puede explicarse el “razonamiento” que se siguió para arribar a una determinada solución. En cambio, *machine learning*, que es el que más se utiliza en la actualidad, es una técnica estadística para enseñar a las máquinas a tomar decisiones, a partir de “mostrarles” ejemplos de decisiones “correctas” o mediante la definición de un conjunto de reglas, y luego se deja que la máquina “aprenda” por ensayo y error (conf. OECD, “State of the art in the use of emerging technologies in the public sector”, *Working Papers*

on Public Governance, n. 31, 2019, ps. 11/12, disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/governance/state-of-the-art-in-the-use-of-emerging-technologies-in-the-public-sector_92780bc-en.

(17) Como el traductor de idiomas de Google (que “aprendió” procesando muchísimas traducciones), las plataformas para ver series o películas como Netflix, que nos recomiendan “aprendiendo” sobre la base de nuestras elecciones y las de miles de usuarios que tienen parecidos en esas elecciones.

(18) Ver CORVALÁN, Juan G., “Prometea: Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

(19) Ver CEVASCO, Luis - CORVALÁN, Juan G., “Inteligencia artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, ps. 38/39, disponible en [*diario/libro-humanos-y-maquinas/*. Ver también GIL, Gabriela F., “Inteligencia artificial aplicada a la gestión judicial efectiva”, en CHAYER, Héctor M. - MARCET, Juan Pablo \(dirs.\), *Oralidad civil efectiva en Argentina*, ob. cit., ps. 194/199.](https://dpicuantico.com/area_</p>
</div>
<div data-bbox=)

(20) Conf. CORVALÁN, Juan G., “Inteligencia artificial y proceso judicial”, *Diario DPI Novedades* del 09/09/2019, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/IA-y-Proceso-Judicial.pdf>.

(21) Ver OECD, “State of the art in the use of emerging technologies in the public sector”, ob. cit., ps. 9/10.

(22) Para profundizar el concepto de tareas automatizables, ver CEVASCO, Luis - CORVALÁN, Juan G., ob. cit.

(23) Esto es realizado en la actualidad por el Poder Judicial de Mendoza, como fue señalado en el VII Con-

greso Argentino de Justicia y Tecnología realizado en Corrientes el 13 y 14/11/2019. El panel está disponible en <http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/disertaciones-del-vii-congreso-argentino-de-justicia-y-tecnologia/>.

(24) GIL, Gabriela F. - QUADRI, Gabriel H., “*Requiem* para las cédulas. Automatización de las notificaciones procesales”, en BIELLI, Gastón E. (dir.) - MORA, Santiago - FERNÁNDEZ, Diego, *LA LEY, Supl. LegalTech II: El derecho ante la tecnología*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 5/20.

(25) Conf. MCGINNIS, John O. - PEARCE, Russell G., “The great disruption: how machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services”, *Fordham Law Review*, vol. 82, n. 6, 14/05/2014, ps. 3052/3053, disponible en <http://fordhamlawreview.org/issuescategory/may-2014-vol-82-no-6/>. Citan como ejemplo de la realidad a *LexMachina.com*.

Ya existen en el sector privado sistemas de IA [en la Argentina incluso (26)] que analizan en forma inteligente y comparan, entre otras cosas, los montos de daños a la persona que se suelen fijar en primera instancia o en cámara por daño psicofísico y moral (en el fuero nacional en lo Civil, detallando incluso por rubros, como lucro cesante, daño emergente, etc.), de acuerdo con el grado de incapacidad determinado (y otros datos que funcionan como filtros) y el tribunal en el que tramita una causa.

Más allá de que esta provisión de información en forma privada pueda ser útil para los profesionales litigantes, sería conveniente que desde el Poder Judicial también se elaboren esos análisis o procesamientos de datos sobre la base de algoritmos trazables y transparentes, es decir, informando claramente a los usuarios sobre qué base se hicieron, qué datos y qué información se tuvieron en cuenta.

En definitiva, se trata, desde el sector público, de evitar que se generen asimetrías en el acceso a la información y de velar por la igualdad de armas en los procesos judiciales, poniendo a disposición información procesada a través de algoritmos transparentes que den como resultado análisis o comparaciones de las soluciones y que puedan servir para que los abogados de parte y los justiciables analicen las probabilidades de éxito de las demandas y para que los usuarios (los justiciables, los abogados/as que los representan) puedan saber qué datos se tuvieron en cuenta para llegar a esos análisis. Y, así, se sumaría al análisis de datos procesados mediante IA el análisis profesional y personal del abogado/a que interviene en el caso, quien podrá considerar si su caso tiene algún dato particular o distintivo no contemplado en el análisis general que realiza el algoritmo, es decir, utilizarlo solo como una guía o dato más a tener en cuenta a los fines de considerar si es conveniente o no conciliar.

En este mismo sentido, en muchos tribunales se vienen utilizando fórmulas (baremos o algoritmos) que sirven como guías o herramientas para la cuantificación de daños a la persona, tomando en cuenta variables como la edad, el porcentaje de incapacidad determinado, el sueldo o ganancia mensual de la persona, entre otras (27). La utilización de estas fórmulas, además de llevarnos hacia un modo más transparente de decidir, hacia la exigencia constitucional de justificación de las decisiones y hacia el derecho a la igualdad (en iguales circunstancias), también nos lleva a una mayor previsibilidad de los resultados (28). Como venimos diciendo, la previsibilidad genera ámbitos propicios y sirve de marco para los acuerdos y conciliaciones. No olvidemos que los criterios objetivos, prácticos e independientes de la voluntad de las partes favorecen la negociación (29).

Naturalmente, los algoritmos o fórmulas pueden contener errores (al igual que la intuición de cualquier profesional cuando analiza las posibilidades de éxito de un caso), pero, en cualquier caso, detectar esos erro-

res o fracasos ocasionales es siempre una oportunidad para mejorarlos (30).

Siguiendo con nuestros pasos o etapas, como en la misma audiencia preliminar se fija la fecha de audiencia final, también puede utilizarse un sistema de gestión de fechas y salas de audiencias como el explicado anteriormente.

En la tercera etapa, producción de prueba: en esta etapa, la IA podría ser de utilidad para el control de los plazos y de la prueba pendiente. Es decir, para ir controlando, por ejemplo, con una planilla digital en la que el personal del juzgado vaya “tildando” cada prueba que ya fue producida y donde queden “sin tildar” las pendientes. Entonces, el sistema podría recordar en forma directa (con un mensaje de WhatsApp, p. ej.) a los abogados las pruebas que están faltando y el tiempo que resta para la audiencia final. De la misma manera podría realizarse con los peritos: el sistema podría controlar en forma automática si venció el plazo para que se realice la pericia y recordarlo al perito, o elaborar una providencia o mensaje intimando a su presentación.

Los pedidos de informes a entidades públicas (y también privadas con las que se suscriban convenios) podrían ser realizados por vía de sistemas interoperables (de acceso común) y con el uso de IA para la búsqueda de la información y puesta a disposición del juzgado (31). Así, por ejemplo, podrían resolverse los pedidos a los bancos de informes sobre cuentas bancarias a nombre de una determinada persona, los pedidos de informes al RENAPER o a los Juzgados Electorales sobre el domicilio o correo electrónico de una persona, los pedidos de informes a registros sobre la existencia de juicios sucesorios abiertos o procesos colectivos con el mismo objeto, etcétera.

Desde ya, también la IA puede ser utilizada en la producción de la prueba pericial por parte de los cuerpos forenses de los Poderes Judiciales, tanto para la fijación de las fechas de pericia (p. ej., pericias médicas a ser realizadas sobre una persona, con base en sistemas de calendarización similares a los comentados para la fijación de audiencias) como para la confección de la pericia en sí misma, teniendo en cuenta las múltiples aplicaciones de la IA a la medicina en general (32).

Se ha dicho además que podría ser de utilidad para la valoración de la pericia realizada, en función del currículum del/la perito y de la apreciación de determinados criterios para realizar un análisis de la corrección del método científico y la técnica utilizada en la pericia (33).

En la cuarta etapa, audiencia final: en esta audiencia, como dijimos, se toman todas las declaraciones testimoniales y de parte y, si es necesario, se piden explicaciones a los peritos.

Teniendo en cuenta que la IA puede servir para interconectar sistemas y bases de datos, podría utilizarse para detectar posibles frau-

des, como por ejemplo la repetida citación de una misma persona como testigo a distintos juzgados, es decir, una suerte de “alarma” ante la posibilidad de testigos falsos.

También la IA puede servir para comunicarse más fácilmente con personas con discapacidad auditiva o visual (34). Pensemos, por ejemplo, en una declaración testimonial realizada en lenguaje de señas que pueda ser “traducida” en forma instantánea para su comprensión por todos los presentes y viceversa.

Además, es probable, incluso cuando cesen las medidas de aislamiento o distanciamiento social preventivo con motivo del COVID-19, que muchas audiencias continúen realizándose por videoconferencia, evitando que las partes y los testigos tengan que trasladarse al juzgado (p. ej., en casos en que las partes o testigos se domicilien fuera de la jurisdicción, o en casos de escasa cuantía que no ameriten la presencia física de las partes). En este sentido, a futuro podría utilizarse un sistema inteligente de reconocimiento facial para corroborar la identidad de los asistentes, además del uso actual de apps gratuitas que lean el código de barras del documento de identidad que la persona exhibe a fin de corroborar que no ha sido adulterado (35).

En la quinta etapa, sentencia: en esta etapa también puede ser de aplicación la IA para la búsqueda de jurisprudencia avanzada.

Cuando existan en algún juzgado o tribunal determinados tipos de casos que se repiten y tienen soluciones similares (aunque con algunas variables), es decir, los casos en los que se utilizan lo que comúnmente se llaman “modelos” o “planchas”, podría automatizarse la confección del proyecto de sentencia sobre la base de la elaboración previa de árboles de decisión (36).

Es decir, fijar en forma previa cuáles son las variables que pueden ocurrir y qué solución se da a cada variable, para “enseñarle” al sistema a leer las variables del caso concreto (o que un usuario, personal del juzgado, proporcione esa información a partir de preguntas previamente elaboradas) y proponer una solución a partir del árbol de decisión confeccionado. Luego, ese proyecto debe ser controlado en forma humana para su firma posterior. De esta manera, se minimizan los tiempos de búsqueda del “modelo” que se adapta al caso, de *tipeo* de datos y de clics para abrir y cerrar distintas ventanas, copiar y pegar, etc. Como se dijo, esto es aplicable para casos sencillos, que se plantean en forma constante y tienen soluciones similares.

Y, en algunos casos relativamente sencillos que también se refieren a variables limitadas, también podría utilizarse la técnica de *machine learning*, detectando palabras clave o *key words*, que son las que se tienen en cuenta para definir el camino a seguir o la solución del caso; que el sistema en el caso concreto detecte esas palabras clave y prediga o proponga la solución del caso (elaborando un proyecto de sentencia) para su posterior control y firma por personas humanas (37).

Lógicamente, esto no ocurrirá cuando la sentencia se refiera a un caso complejo en el que deban analizarse innumerables variables, cuestiones novedosas (cambios en las leyes o jurisprudencia) o valoraciones de acuerdo con el contexto y la realidad del momento, pues ese análisis debe ser necesariamente realizado por personas humanas.

Por último, la IA puede servir, como ya dijimos anteriormente, para elaborar en forma automática las notificaciones de la sentencia sobre la base de los datos ya cargados en el sistema.

V. Conclusión

La inteligencia artificial puede cumplir un rol fundamental para simplificar procesos y coadyuvar a que la oralidad sea efectiva, reduciendo drásticamente los tiempos en la toma de decisiones y sumando calidad a esas decisiones.

Puede ayudar a liberar capacidades humanas para realizar tareas de mayor valor añadido: aquellas que requieren análisis de casos más complejos por su inmensa cantidad de variables y mayor creatividad en la búsqueda de soluciones.

Liberar tiempos para coordinar mejor las tareas de los equipos que conforman la oficina judicial, como para debatir y reflexionar (con más y mejor información o análisis de datos) sobre problemas conjuntos con el resto de las oficinas judiciales; para repensar y rediseñar tareas de comunicación con ciudadanos, abogados, peritos.

No es bueno que el Poder Judicial destine tantas capacidades humanas a contar plazos, controlar requisitos formales, trabajar sobre “modelos” ya creados o criterios ya establecidos, pero con ciertas variables, cuando todavía hay tanto por hacer para acercarnos al plazo razonable.

Cuando hay tanto por hacer para mejorar la calidad de las decisiones en cuanto a la comprensión de la realidad a través de la mirada interdisciplinaria.

Y cuando hay tanto por hacer para mejorar la comunicación con los justiciables y la ciudadanía en general.

Sin embargo, para que la IA sea verdaderamente una herramienta útil, es necesario que tanto en la reflexión previa como en la elaboración de los sistemas y algoritmos exista una activa participación de todos los involucrados en los procesos judiciales.

Es decir, que no se trate solo de un diálogo entre los programadores o aquellos que manejan mejor el lenguaje informático.

Es necesario que los jueces y equipos de los juzgados participen, porque de lo contrario se incrementan los riesgos de que los datos que se usen no sean “limpios” o útiles y que los algoritmos utilizados no reflejen los caminos mentales que se siguen para decidir y entonces nos lleven a conclusiones erróneas.

{ NOTAS }

(26) Podemos citar como ejemplo la plataforma digital “Legal Hub”, <https://mi.legalhub.la/app/dashboard>.

(27) Conf. CNTrab., sala III, 28/04/2008, “Méndez Alejandro c. Mylba SA y otro s/ accidente, acción civil”; AR/JUR/1200/2008. En el ámbito de Corrientes, sobre el tema de la utilización de fórmulas para la cuantificación de daños se puede ver: ST Corrientes, sentencia civil 100/15; CCiv. y Com. Corrientes, sala II, 22/03/2019, sentencia 12/19; JCiv. y Com. N° 6 Corrientes, sentencias 182/15 y 218/19; JCiv. y Com. N° 12 Corrientes, sentencia 21/19; JLab. N° 2 Corrientes, sentencia 13/18, y JCont. Adm. N° 2 Corrientes, sentencia 23/20.

(28) Conf. ACCIARRI, Hugo A., “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapaci-

dad en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-D, 677; AR/DOC/2165/2015.

(29) Conf. FISHER, Roger - URY, William - PATTON, Bruce, “Sí, de acuerdo. Cómo negociar sin ceder”, Ed. Norma, Colombia, 1991, ps. 71/75.

(30) Conf. KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar espacio”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, 9ª ed., p. 319.

(31) Un ejemplo de esto es el “Proyecto Oficios” que desarrolló la empresa Telefónica Argentina; ver <https://www.iproup.com/innovacion/12291-telefonica-crea-un-robot-abogado-en-argentina>.

(32) Ver, p. ej., GÓMEZ OSORIO, Andrés - CRESPI, Gustavo, “El algoritmo que detecta anemia en niños sin

muestras de sangre”, en *Cómo innovar en proyectos de desarrollo: 13 casos de éxito en Latinoamérica*, BID, noviembre/2019, disponible en <https://publications.iadb.org/es/como-innovar-en-proyectos-de-desarrollo-13-casos-de-exito-en-latinoamerica>.

(33) Conf. NIEVA FENOLL, Jordi, “Inteligencia artificial y proceso judicial”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, ps. 93/98.

(34) P. ej., la aplicación gratuita “Háblalo”, que sirve para pasar a texto lo que se dice en forma oral o viceversa, del texto traslada a sistema oral y también tiene pictogramas para facilitar la comunicación con personas con alguna discapacidad auditiva.

(35) Como la app Barcode Scanner.

(36) Esto se realiza en la actualidad (entre otros juzgados del país) en el Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 de Corrientes para un tipo de amparos previsionales en los que el sistema Prometea realiza al usuario que confecciona el proyecto una serie de preguntas sobre el caso y luego propone el proyecto de sentencia, realizando incluso cálculos para la regulación de honorarios. Se realiza en virtud de un convenio suscripto entre el ST Corrientes, el Ministerio Público Fiscal de la CABA y el Departamento de Inteligencia Artificial de la UBA.

(37) Como el sistema Prometea, que se utiliza en el Ministerio Público Fiscal de la CABA para la elaboración de proyectos de dictámenes.

Es necesaria la reflexión conjunta con la academia, interdisciplinaria, para pensar las aplicaciones prácticas dentro de un marco ético y ajustado a derecho.

{ NOTAS }

(38) Y el sector público en general; ver BID, “Gobiernos que sirven. Innovaciones que están mejorando la entrega de servicios a los ciudadanos”, 2016.

Además, es necesario que todas las personas que se desempeñan en los equipos de trabajo vayan desarrollando las habilidades necesarias para no ser a largo plazo sustituidas por los sistemas de IA y, por el contrario, sumar calidad humana aportando a la gestión de los procesos judiciales las competencias personales que no pueden (ni podrán) ser realizadas por máquinas. Precisamente, la oralidad o juicio por audiencias es un ca-

mino adecuado para ir desarrollando esas habilidades.

Sin dudas, el desafío de pensar, debatir, elaborar e implementar sistemas de IA para mejorar el servicio de justicia es grande.

Sin dudas existirán errores y fracasos en el camino.

Pero dada la notoria crisis de confianza que padece el Poder Judicial(38) y las crecientes exigencias de la sociedad en cuanto a la necesidad de mayor transparencia, claridad y rapidez en los procesos judiciales (para las que tanto puede aportar la aplicación de inteligencia artificial), vale la pena intentarlo.

Cita on line: AR/DOC/4217/2019

La audiencia preliminar como herramienta esencial de la gestión del flujo de casos para una justicia efectiva y eficiente

VIENE DE TAPA

Mas el sistema judicial no puede limitar el índice de litigación; es decir, restringir el ingreso o reconfigurar la calidad/entidad de conflictos judicializados a tenor de la garantía constitucional y convencional de Acceso a la Justicia (arts. 18; 75 inc. 22 de la CN; 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad), por lo que la respuesta será direccionar los esfuerzos a establecer una estrategia para gestionar esos litigios dentro del sistema(3).

En esta dirección, el rasgo central de la técnica de gestión del flujo de casos (o *case flow management*) es que el órgano judicial posea el rol de dirección del juicio y determine cómo debe ser encauzado dentro del sistema procesal. Ello a su vez requiere la adopción de prácticas concretas para ser más eficientes conforme las metas previstas, lo cual conlleva reorganizar las tareas administrativas y un cambio de rol del juez en el proceso judicial(4).

El *case flow management* consiste, pues, en la gestión y control judicial efectivo de la litigación para alcanzar *cooperativamente* los fines relevantes del sistema de justicia. En ese sentido, el juez *debe* constituirse en un factor de eficiencia para el logro de los objetivos definidos del sistema de justicia interviniendo activamente en el proceso de litigación, particularmente desde que el asunto se ha judicializado. Es esencial al fin señalado hacerse cargo del gerenciamiento oportuno del caso —esto es, una vez trabada la litis— estableciendo, junto con los abogados intervinientes, un programa apropiado para su resolución justa, rápida y menos costosa.

En ese orden es dable indicar que, el Principio 14.1 de los *Principios Transnacionales de Procedimiento Civil* de UNIDROIT establece que los jueces “*gestionan activamente* el procedimiento, ejerciendo discreción para lograr la solución de la disputa de manera justa, eficiente y con una velocidad razonable” (el resaltado es propio).

Igualmente cabe dejar sentado que no todos los procesos requieren la misma atención, ya que ello depende de la complejidad de la pretensión o pretensiones deducidas. Los asuntos repetitivos y seriados reproducirán el mismo plan de gestión procesal(5).

II. La audiencia preliminar y su utilidad real en el resultado del proceso

Debe enfatizarse inicialmente que una escasa cantidad de tiempo dedicada por el juez o jueza cuando se incoa el caso puede ahorrar mucho tiempo posterior. Y ahorrar tiempo significa economizar costos, tanto para el tribunal como para los litigantes. Jueces que consideren que están muy atosigados para gestionar los asuntos, en realidad están demasados ocupados para no hacerlo. Efectivamente, los más atareados jueces con los expedientes más complejos son los que más deben aplicar las prácticas del gerenciamiento del flujo de casos(6).

En la dirección expresada, los proyectos de códigos procesales en lo Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires y Nación, respectivamente, regulan de la audiencia preliminar del siguiente modo:

El primero de ellos establece en su art. 427: “*Contenido*. La audiencia preliminar deberá ser dirigida en forma indelegable por el juez. La audiencia será nula si el juez no estuviera presente durante todo o parte de su desarrollo. Esta nulidad no será convalidable. En la audiencia preliminar, aun ante la incomparecencia de ambas partes, el juez deberá: a) Dictar medidas o resoluciones para sanear el proceso; b) Resolver las excepciones previas que no hubieren sido resueltas en su oportunidad; c) Fijar definitivamente el objeto del proceso y los hechos a probar, pudiendo requerir a las partes las explicaciones que considere necesarias; d) Declarar la causa de puro derecho, cuando no se hubiere ofrecido prueba o esta surgiera de las constancias del juicio o de la documental no cuestionada. Previo a escuchar a las partes en el mismo acto, la causa quedará en condiciones de resolver. e) De haber hechos controvertidos, abrirá la causa a prueba. Si mediare oposición, se dará traslado de esta en el acto y resolverá en esa misma oportunidad en forma oral. f) Ordenar la producción de los medios de prueba ofrecidos y rechazar fundadamente los que sean

inadmisibles, innecesarios o inconducentes, previo a escuchar a las partes en cuanto a su oposición a la prueba de la contraria. El juez escuchará a las partes sobre la factibilidad de probar los hechos alegados. En caso de que las partes afirmen que enfrentan dificultades en materia probatoria, el juez podrá distribuir la carga de la prueba sobre los hechos ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. g) Dictar sentencia si durante el acto surgiere esa posibilidad, lo que así declarará acorde con lo dispuesto en el art. 422; h) Fijar la fecha de la audiencia de vista de la causa, con la mayor celeridad posible en la medida que la prueba a producir previamente lo permita, no pudiendo exceder de los OCHENTA [80] días; 145 i) Intentar, en el momento que considere oportuno, que las partes lleguen a acuerdos conciliatorios respecto de todas o algunas de las cuestiones de hecho o derecho controvertidas. Se levantará acta con referencia sucinta de lo decidido”.

Por su lado, el art. 366 del proyecto de Nación estipula al respecto: “*Contenido de la audiencia preliminar*. En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades: 1) Intentar la conciliación, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos. Si el tribunal lo considerase necesario, podrá remitir el conflicto nuevamente a mediación por el plazo máximo de treinta [30] días, en cuyo caso se suspenderá el curso del procedimiento judicial por el mismo término. 2) De oficio o a pedido de parte, dictar sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso y resolver todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito. Las partes podrán oponerse a la apertura a prueba, resolviéndose el punto previa sustanciación, siendo apelable solamente la decisión que hiciere lugar al planteo. 3) Resolver sobre la admisibilidad de los hechos nuevos alegados. 4) Fijar definitivamente el objeto del proceso y de la prueba; pronunciarse sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o irrelevantes, ordenando la producción y diligenciamiento de los que correspondan. El tribunal hará saber a las partes si existieran especiales exigencias probatorias para alguna de ellas. En tal caso suspenderá la audiencia y las partes dentro del quinto día podrán ampliar el ofrecimiento de pruebas. Reanudada la audiencia, el tribunal procederá en el modo previsto en este inciso. 5) Fijar la audiencia de vista de causa, que se llevará a cabo en un plazo improrrogable de noventa [90] días y disponer que allí se reciban todas las pruebas que no se hubiesen producido o no hubiesen sido practicadas con anterioridad. Excepto que el tribunal fundadamente lo establezca de manera diversa, el plazo del período probatorio concluye al llevarse a cabo la au-

diencia de vista de causa. Cuando no resulte necesaria la fijación de una audiencia de vista de causa, o esta no se celebre, el período de prueba será de noventa [90] días”.

Las audiencias preliminares cumplen un rol trascendental en desarrollo futuro del proceso. Encauzar adecuada y oportunamente el trámite a las características del conflicto por el juez o jueza llamados a resolverlo, no solo no es una pérdida de tiempo para ellos y las partes, sino esencialmente concreta la celeridad y economía procesal muy pocas veces materializadas en los litigios. No deben limitarse entonces a un ejercicio superficial de agendamiento de fechas, de trámite de modo que se desaprovechen sus sustanciales beneficios. Es más, se considera que es ventajoso que los justiciables se encuentren presentes, ya que les da la oportunidad de conocer de modo directo sobre qué se va litigar específicamente, de qué modo, o cómo estar al tanto del tiempo y costos aproximados que va a insumir el juicio. Dicho conocimiento a su vez genera una actitud más receptiva para lograr acuerdos(7), ya sean estos procesales —como reconocer la documentación privada y evitar la pericia caligráfica—, que posibiliten un trámite más eficiente y menos burocratizado, y/o sustanciales —sean totales o parciales—, en relación con la pretensión ensayada y las defensas articuladas que aporten una solución efectiva al conflicto.

Asimismo, prepara adecuadamente las bases para un justo y eficiente proceso al evitar retrasos, esfuerzo judicial innecesario, costos superfluos, como impedir conductas abusivas. Y ello conlleva sin dudas credibilidad en el sistema de justicia.

En efecto, esta audiencia presenta la mejor oportunidad para evitar la dilapidación de un valioso tiempo de proceso sobre inútiles e indiscutidos aspectos propios(8).

Obsérvese, en ese sentido, que la consabida —por reiterada— cita jurisprudencial que expresa: “Que de manera inicial y antes de ingresar al tratamiento de las cuestiones sometidas a mi decisión, es importante recordar que no me encuentro obligada a seguir a las partes en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que proponen a consideración del tribunal, sino tan solo aquellas que son conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (CS, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970). Es del caso señalar que no es obligación de los jueces ponderar exhaustivamente todas las pruebas agregadas, sino solo las que estimen apropiadas para resolver el caso (conf. art. 286, *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Com.; CS, Fallos: 314:303; 316:1993; 317:822”, care-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Presidente de la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata. Profesor de derecho procesal civil y comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

(1) Conf. SCHWARZER, William W. - HIRSCH, Alan,

“The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges”, Federal Judicial Center, 2006.

(2) HANKOVITS, F. A., “Reforma de la Justicia Civil y Comercial. A propósito de los proyectos de nuevos regímenes procesales para la Nación y la Provincia de Buenos Aires”, LA LEY, 2019-D, 1127.

(3) Ya manifestado en HANKOVITS, F. A., “Las reformas de los códigos procesales en lo civil y comercial y el gerenciamiento del flujo de casos”, LA LEY, 2019-E, 569.

(4) Autor y ob. cit. en nota anterior.

(5) *Idem* nota anterior.

(6) Conf. SCHWARZER, William W. - HIRSCH, Alan, “The Elements...”, ob. cit.

(7) Conf. SCHWARZER, William W. - HIRSCH, Alan, “The Elements...”, ob. cit.

(8) *Idem* nota anterior.

cería de razón de ser, dado que tiene como presupuesto un juez o jueza que recién toma entidad jurisdiccional al momento de dictar la sentencia. Ello así, pues si el director/a del proceso se involucra real y sustancialmente con el asunto, luego de trabada la litis, las partes hubieran planteado “tan solo aquellas (cuestiones y argumentaciones) que son conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido”, y hubiesen producido prueba, “solo las que (se) estimen apropiadas para resolver el caso”.

Es más, la audiencia preliminar democratiza el proceso judicial, ya que el (o la) sentenciante conjunta, y simultáneamente con los abogados y abogadas, deben definir colaborativamente las cuestiones que serán motivo de debate judicial, como también la prueba pertinente para acreditar los aspectos fácticos del caso; y no los jueces en soledad, luego de tramitado todo el proceso, al momento de emitir su pronunciamiento sobre el mérito de la litis.

Esta práctica pone de relieve un punto significativo de un largo debate académico: el denominado “garantismo procesal” versus el llamado “activismo judicial”.

Mas lo cierto es que la operatividad de la gestión del proceso judicial debe ser abordada sin ideologismos teóricos (9).

El juez (o jueza) tiene un inherente poder amplio para gestionar el trámite de los casos, potestad que habilita al tribunal para hacer lo necesario para lograr un juicio justo, rápido y económico. A pesar de que las técnicas de gestión del caso involucran a los jueces (o juezas) en áreas que antes eran enteramente incumbencia de los abogados (y abogadas), aquellos deben ser cuidadosos de no alterar el manejo del asunto por los letrados. Mientras que el órgano judicial puede y debe fijar límites, definir aspectos del *iter* procesal y determinar las reglas básicas de conducción de la pretensión deducida, debe dejar el go-

bierno sustancial del caso a los asistentes jurídicos de las partes (10).

Los Fundamentos del Proyecto nacional se hacen cargo del tópico y en ese orden declara que “Lejos de propiciar un juez que sustituya la voluntad de las partes, el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación propicia una relación de colaboración orientada a la justa resolución de los conflictos... Dado que el Anteproyecto propone un ambiente de intermediación y cooperación entre el juez y las partes, alentar que el lenguaje resulte fácilmente comprensible resulta una pauta indispensable, como regla básica facilitadora de la imprescindible colaboración entre los sujetos procesales”.

Cabe igualmente reseñar que la audiencia preliminar prevista en los proyectos de los Códigos referenciados posee familiaridad en sus propósitos, fines y con cierto contenido, con la regla 16 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil que regula —aunque para una fase distinta de un proceso estructurado de modo diferente— la *Petrial conferences; Scheduling; Management*; legislación donde sin duda el modelo de litigación adversarial tiene una de las mayores concreciones aplicativas.

En efecto, los propósitos de la conferencia allí regulada son los de establecer un control temprano y continuo del caso, de modo que este no tramite en la sede tribunalicia más de lo necesario por la ausencia de gestión judicial oportuna, mejorar la calidad del juicio y favorecer acuerdos. Ello, a través de que el juez considere y tome debida acción procurando simplificar los asuntos y eliminando los reclamos o defensas “frívolas”; disponiendo enmendar los escritos defectuosos de demanda y contestación, de ser ello necesario o deseable; obteniendo reconocimientos sobre los hechos y documentos de modo de evitar prueba innecesaria y pronunciándose anticipadamente sobre la admisibilidad de la restante; evitando prueba superflua y evidencia reiterada; identificando testigos y documentos, y estableciendo las fechas de las próxi-

mas audiencias; y facilitando de otros modos una justa, rápida y menos costosa disposición de la acción (11).

En ese sendero, el tribunal no puede compeler a realizar admisiones, pero puede “presionar” a las partes para que abandonen posiciones insustentables. Igualmente, si bien los jueces una vez eran reacios a involucrarse en los debates sobre Acuerdos, ahora la regla 26 explícitamente los autoriza. Ellos pueden sugerir sus propios términos, mas no dictarlos (12). Se busca resolver lo más posible y dar debida noticia sobre los temas que serán abordados en el juicio (13).

En definitiva, en ella se define y precisa los aspectos del caso, se considera los límites de duración del juicio; se establece las reglas esenciales del proceso; se aprecia el uso de procedimientos especiales; se explora la oportunidad de acuerdos; entre otras (14).

Tanto en el ámbito del *common law* como del derecho continental que adoptan en sus respectivos ordenamientos adjetivos estas técnicas —más allá de las notorias diferencias de cultura jurídica—, se observa que ambos persiguen evitar actividades procesales inútiles, la litigación abusiva y los trámites que aparezcan desproporcionados a las necesidades reales del caso concreto. Ello lo logran mediante la presencia efectiva del juez o jueza, la participación activa de partes y abogados/abogadas, a partir de la intermediación judicial efectiva. Se busca, de ese modo, incrementar el *acceso a la justicia* por reducción de costos y simplificación del proceso.

III. Colofón

Los procesos judiciales duran demasiado tiempo; resultan costosos para la sociedad y el Estado; y no favorecen la adecuada y oportuna resolución del conflicto real.

El uso efectivo de los recursos materiales y humanos disponibles por el juez o jueza subyace en cada fase del *case management* (15).

La utilización en todo su potencial de las prerrogativas previstas en la audiencia preliminar por los jueces genera resultados altamente positivos en la gestión del flujo de casos y es absolutamente consecuente con las técnicas desarrolladas para ello, independiente del modelo procesal adoptado, sea este el adversarial o el publicístico.

Lo primordial es convertir en eficiente un sistema de administración de justicia que cumpla así apropiadamente con la razón de ser para el que fue pergeñado: la tutela oportuna, continua y efectiva de los derechos y libertades individuales, desde una oportuna y realista evaluación del conflicto llevado a sede judicial.

Cita on line: AR/DOC/377/2020

MÁS INFORMACIÓN

Benítez, Juan José, “Caminando hacia la modernización judicial”, Sup. Gestión Judicial 2020 (julio), 11, AR/DOC/2031/2020

Tula del Moral, María Lorena - Rosolen, Erica, “Hacia un juzgado abierto y digital: Iniciativas del Juzgado PCYF Nº 13 CABA”, Sup. Gestión Judicial 2020 (julio), 3, AR/DOC/2033/2020

Altamirano, Beatriz E., “Una oportunidad para la modernización de la Justicia”, Sup. Gestión Judicial 2020 (julio), 7, AR/DOC/2036/2020

Carpintero, Karina G., “Acceso a justicia en el contexto del COVID-19. Desafíos y estrategias en el uso de tecnologías para los servicios de acceso a justicia”, LA LEY 20/07/2020, 3, AR/DOC/1897/2020

LIBRO RECOMENDADO

Tratado de Derecho Procesal Electrónico

Director: Camps, Carlos E.

Edición: 2019

Editorial: Abeledo Perrot

NOTAS

(9) En rigor, en mi criterio, los sistemas designados como adversarial o publicístico son equivalentemente idóneos en la medida que concreten la actuación efectiva y real de los deberes —comunes en ambos— de buena fe,

colaboración y de decir verdad en el proceso.

(10) Conf. *opus* citado en las notas 7 y 8.

(11) Conf. “Federal Rules of civil Procedure, 2013-2014 Educational Edition”, Thomson Reuters WESTLAW.

(12) MARCUS, Richard L. - ROWE, Thomas D. Jr., “Civil Procedure”, *Gilbert Law Summaries*, Thomson West, 17th ed., p. L.

(13) MARCUS, Richard L. - ROWE, Thomas D. Jr.,

“Civil Procedure”, ob. cit.

(14) Conf. Conf. SCHWARZER, William W. - HIRSCH, Alan, “The Elements...”, ob. cit.

(15) *Idem* nota 12.

NOTA A FALLO

Impuesto a las ganancias

Medida cautelar que ordena el cese de retenciones sobre haberes previsionales. Jubilada de 74 años con tumor cerebral. Situación de vulnerabilidad. Naturaleza alimentaria de la jubilación. Importancia económica que representa la retención.

Véase en página 7, Nota a Fallo

La medida cautelar que ordenó a la AFIP el cese inmediato de las retenciones que, en concepto de impuesto a las ganancias, efectuaba sobre los haberes previsionales de una jubilada debe ser confirmada, pues la mujer se encuentra actualmente en una situación de vulnerabilidad que no puede ser desatendida ni postergada hasta el momento de dictarse la sentencia, dado que cuenta con 74 años de edad, fue internada para ser intervenida por un tumor cerebral, permaneció en su domicilio, recibiendo medicación y a la espera de consulta oncológica para iniciar tratamiento de quimioterapia y rayos, máxime

teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria sobre la que se efectúa el descuento y la importancia económica que representa la retención. [1]

CFed. La Plata, sala II, 30/01/2020. - D., C. E. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/53/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala I, “Lariño, Roberto Eduardo c. EN- AFIP s/ inc de medida cautelar”, 20/11/2019, AR/JUR/50118/2019.

2ª Instancia.- La Plata, enero 30 de 2020.

Considerando:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la resolución del juez de

primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia ordenó a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) el cese inmediato de las retenciones que en concepto de Impuesto a las Ganancias efectúa sobre los haberes que la actora C. E. D (DNI...) percibe del Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (ver fs. 247/255 y fs. 233/235 respectivamente).

II. Cabe destacar que anteriormente el pedido de medida cautelar había sido rechazado por el juez *a quo*, lo que fue confirmado por esta Alzada frente a no encontrarse acreditado el estado de vulnerabilidad necesario requerido en estos casos, según surge del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García” (v. fs. 154/156 y 198/201).

Con posterioridad, la actora reiteró su solicitud fundándose en la detección de un tumor cerebral temporal derecho. Denunció que debió ser intervenida quirúrgicamente en forma intempestiva y que se le diagnosticó una expectativa de vida relativa, además de que deberá permanecer en constante tratamiento. Por estos motivos, requirió que se tenga especial consideración la gravedad de

su salud, lo que configuraría la mentada situación de vulnerabilidad (ver fs. 227/232).

III. El *a quo* evaluó las nuevas circunstancias del caso llevadas a su conocimiento y las tuvo por acreditadas *prima facie*. Ante tal situación, considerado que se encontraba en riesgo inminente su derecho a la salud, en tanto la prolongación del juicio podría generar un perjuicio imposible de reparar con la sentencia definitiva.

Esta resolución motivó el recurso en análisis.

IV. El apelante se agravia por considerar que la medida resulta improcedente ante la ausencia del recaudo de peligro en la demora. Refiere a que el régimen de medidas cautelares que conlleve la postergación de las rentas públicas debe ser examinado con particular estrictez y que, en el caso, la medida solicitada coincide con el objeto de la demanda principal.

En cuanto al precedente “García”, sostiene que es aplicable en los casos en que la situación de vulnerabilidad se traduzca en mayores necesidades económicas del jubila-

do anciano o enfermo, debiendo acreditarse mayores gastos de su parte. En este punto, entiende el recurrente que ni la situación de vulnerabilidad ni la necesidad de solventar mayores erogaciones han sido acreditadas en las presentes actuaciones.

V. Como ya se dijera, en ocasión de resolver la anterior solicitud, esta Cámara contempló los extremos exigidos para el dictado de medidas cautelares a la luz de los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 26 de marzo de 2019, a los que corresponde remitir. Se concluyó que en aquellas condiciones la actora no se encontraba dentro de los supuestos exigidos por la doctrina del Máximo Tribunal.

Sin embargo, las circunstancias respecto a la situación de vulnerabilidad de la actora han variado. Conforme surge de la documental adjuntada en autos, la actora, de 74 años de edad, debió ser internada el 9 de diciem-

bre del 2019 para ser intervenida quirúrgicamente por un tumor cerebral. Luego de dicha intervención permaneció en su domicilio, recibiendo medicación y a la espera de consulta oncológica para iniciar tratamiento con quimioterapia y rayos, ya que desde un primer momento la impresión de la naturaleza del tumor fue maligna (v. historia clínica de la paciente, suscripta por la especialista en neurología, Dra. C. J., fs. 226).

VI. Con el criterio sustentado anteriormente y teniendo en cuenta las pruebas reunidas en la causa hasta el momento, con la variación de las circunstancias fácticas, la actora se encontraría actualmente en una situación de vulnerabilidad que no puede ser desatendida ni postergada hasta el momento de dictarse sentencia (conf. art. 202/203 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Ello es demostrativo de la existencia de peligro en la demora que puede tornar ineficaz el resultado del pleito, con lo cual cabe tenerlo por cumplimentado atento a la naturaleza alimentaria sobre la que se efectúa el des-

cuento y retención impugnada, más la importancia económica que representa en el haber de la actora el monto del descuento retenido.

Con relación al agravio referido a la identidad entre el objeto de la medida y el hipotético resultado de una sentencia definitiva, cabe ponderar que con la primera el accionante intenta impedir que se continúe deduciendo de su haber jubilatorio el importe del impuesto a las ganancias hasta tanto se dicte sentencia definitiva; mientras que con la segunda se persigue la declaración de inconstitucionalidad del artículo 79 inc. c) de la ley 20.628 y el reintegro de las sumas retenidas en dicho concepto, compuestas de los años 2014 a 2019, más intereses hasta su efectivo pago. Por lo cual cabe concluir que la pretensión de la cautelar no se confunde con la de la demanda principal; al margen de que en esta clase de supuestos se justificaría la concesión de la medida cautelar pese a ello.

Por tanto, el Tribunal concluye que se encuentran configurados los requisitos de la verosimilitud en el derecho y peligro en la

demora, presupuestos de admisibilidad para hacer lugar a la medida cautelar peticionada, sin el límite temporal establecido en el artículo 5 de la ley 26.854, frente a la naturaleza alimentaria de los derechos comprometidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2º, de la mencionada ley (conf. art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VI. Por último, pese a lo informado por la recurrente a fojas 241 y vta. (Pto. III), con relación a la imposibilidad de cumplimiento de la orden cautelar, por no ser la AFIP quien efectúa la retención del impuesto sino que lo es el Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires, corresponde que la demandada arbitre las diligencias necesarias a través de los medios que estime corresponder, a fin de cumplirse con la medida cautelar dispuesta, con la inmediatez que exige el caso.

Por lo expuesto, se resuelve: Confirmar la resolución apelada, de conformidad con lo señalado en el último considerando. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — César Álvarez. — Julio V. Reboredo.

La suspensión de retenciones por impuesto a las ganancias sobre la jubilación y el estado de vulnerabilidad del afiliado

Julián A. De Diego (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La medida cautelar de cese de retenciones por impuesto a las ganancias. — III. La doctrina de la Corte Suprema en el caso “García, María I.”. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

Se discute la procedencia del impuesto a las ganancias sobre el haber jubilatorio, con base en diversos argumentos⁽¹⁾. Los más importantes de ellos se refieren a una posible doble imposición, a la ausencia de equidad fiscal, al análisis inequitativo de la capacidad contributiva, y otros.

En efecto, sobre el salario bruto del afiliado se practica la retención del impuesto a las ganancias cuando resulta pertinente sobre el ingreso bruto imponible; es en esos casos que por el monto se podría acceder a un haber jubilatorio alcanzado por segunda vez por la retención fiscal.

El otro de los argumentos es que el haber jubilatorio no debería estar alcanzado por el impuesto, porque además de la retención realizada sobre el salario del afiliado en actividad también se efectuaron todos los aportes y contribuciones que dieron origen al haber, que tiene que preservar la subsistencia del individuo en una de las etapas de mayor vulnerabilidad, no solo por la edad, sino tam-

bién por sus enfermedades y accidentes propios, y por las limitaciones que se producen en la vejez para mantenerse activo.

Limitaciones que no solo son vinculadas con la edad y la salud, sino también con el hecho de que pocos afiliados pueden continuar trabajando por razones operativas, funcionales, de mercado y hasta por los prejuicios respecto de su eficiencia y laboriosidad.

II. La medida cautelar de cese de retenciones por impuesto a las ganancias

Si bien la Cámara Federal de La Plata, sala II, solo dictó una medida cautelar, en donde obviamente no se expide sobre el fondo de la cuestión, el fallo que comentamos es una evidencia de que la aplicación del impuesto a las ganancias sobre la jubilación tiene distintos enfoques; y el de la necesidad por encontrarse el afiliado en condiciones de máxima vulnerabilidad es uno de ellos.

A propósito, en el caso bajo análisis⁽²⁾ se dispuso la confirmación a través de una medida cautelar el cese inmediato de las reten-

ciones que en concepto de impuesto a las ganancias se realizaban con destino a la AFIP sobre los haberes previsionales de una jubilada, pues la mujer se encuentra actualmente en una situación de vulnerabilidad que no puede ser desatendida ni postergada hasta el momento de dictarse la sentencia⁽³⁾.

En efecto, según los hechos no controvertidos, la afiliada cuenta con 74 años, fue internada para ser intervenida por un tumor cerebral, permaneció en su domicilio, recibiendo medicación y a la espera de consulta oncológica para iniciar tratamiento de quimioterapia y rayos, máxime teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria sobre la que se efectúa el descuento y la importancia económica que representa la retención⁽⁴⁾.

La causa llega a consideración de la Cámara en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, contra la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada; y en consecuencia ordenó a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) el cese inmediato de las retenciones que en concepto de Impuesto a las Ganancias efectúa sobre los haberes que la afiliada⁽⁵⁾.

Si bien en un primer momento la medida cautelar había sido rechazada, ante la insistencia de la afiliada y la acreditación de su estado actual de alta vulnerabilidad, que es requisito prácticamente esencial en estos casos, al haberse confirmado la detección de un tumor cerebral temporal derecho, a propósito de lo cual fue intervenida quirúrgicamente en forma intempestiva, diagnosticándosele una expectativa de vida relativa —además de que deberá permanecer en constante tratamiento—, esto demuestra la especial consideración que debe imponerse frente a la gravedad de su estado de salud y al tiempo de posible duración de la causa de fondo que podría tornar imposible una reparación al momento del dictado de la sentencia definitiva.

Se contempló además los precedentes del caso “García” en el cual se dieron circunstancias análogas; y que, conforme a sus fundamentos, son compatibles con el caso, tomando la letra del fallo del Máximo Tribunal⁽⁶⁾.

El escenario transcrito es demostrativo de la existencia de peligro en la demora que puede tornar ineficaz el resultado del pleito, con lo cual cabe tenerlo por cumplimentado atento a la naturaleza alimentaria sobre la que se efectúa el descuento y retención impugnada, más la importancia económica que

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, asesor de empresas y de organismos internacionales y Profesor Titular Ordinario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las carreras de grado y de posgrado de la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Económicas de la UCA. Director del Posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA. Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

(1) DE DIEGO, Julián A., “La inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios”,

LA LEY, 2019-B, 179; AR/DOC/839/2019.

(2) CFed. La Plata, sala II, 30/01/2020, D., C. E. c. AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, AR/JUR/53/2020.

(3) Ver también: CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 20/11/2019, “Lariño, Roberto E. c. EN-AFIP s/ inc. de medida cautelar”, AR/JUR/50118/2019.

(4) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 26/12/2019, “Iraha, Juana y otros c. EN-AFIP s/ proceso de conocimiento”, AR/JUR/52895/2019: La medida cautelar tendiente a ordenar que una caja de jubilaciones provincial se abstenga de retener suma alguna so-

bre los haberes previsionales del peticionante en concepto de impuesto a las ganancias debe ser admitida, pues se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho, debido a la jurisprudencia de la Corte Suprema y la analogía que la presente causa guarda con lo resuelto en los precedentes “García, María I.”, 26/03/2019, AR/JUR/1043/2019; y “Carderale, Leonardo G.”, 01/10/2019, AR/JUR/31380/2019, máxime teniendo en cuenta el carácter alimentario de los haberes jubilatorios.

(5) JFed. N° 2, Santa Fe, 16/12/2019, “Estrada, Oscar A. c. AFIP s/ Amparo Ley 16.986”, AR/JUR/49276/2019: La acción de amparo debe ser admitida y, por tanto,

debe disponerse que se deje sin efecto el descuento y/o retención en los respectivos haberes previsionales por el impuesto a las ganancias, pues el amparista, si bien en la actualidad es jubilado, pertenece al grupo que ingresó al Poder Judicial con anterioridad al 2017, por lo que no se encuentra alcanzado por el tributo, conforme lo normado por el inc. c) del art. 79 de la ley 20.628, texto según ley 27.346, ya que solo están alcanzados los empleados nombrados a partir de ese año.

(6) CS, “García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 26 de marzo de 2019.

representa en el haber de la actora el monto del descuento retenido.

Con relación al agravio referido a la identidad entre el objeto de la medida y el hipotético resultado de una sentencia definitiva, cabe destacar que la afiliada persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 79, inc. c) de la ley 20.628 y el reintegro de las sumas retenidas en dicho concepto, compuestas de los años 2014 a 2019, más intereses hasta su efectivo pago.

En síntesis no se confunden el objeto de la medida cautelar con el reclamo de fondo, de modo que se encuentran configurados los requisitos de la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, presupuestos de admisibilidad para hacer lugar a la medida cautelar peticionada, sin el límite temporal establecido en el art. 5 de la ley 26.854, frente a la naturaleza alimentaria de los derechos comprometidos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2, inc. 2º, de la mencionada ley (conf. art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

A su vez, como no es la AFIP la que efectúa la retención, sino que es realizada por el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, corresponde que la demandada arbitre las diligencias necesarias a fin de dar cumplimiento a la medida cautelar.

III. La doctrina de la Corte Suprema en el caso “García, María I.”

En otros casos se siguió el mismo temperamento, pero hacia el futuro; en otra medida cautelar donde se resolvió, por ejemplo, que esta tiende a que se ordene al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires que se abstenga de retener y/o deducir del haber jubilatorio del actor sumas en concepto de impuesto a las ganancias; que debe ser admitida, por el carácter alimentario de su objeto y la condición de vulnerabilidad del peticionante, sin el límite temporal del art. 5 de la ley 26.854, pues a la luz de los parámetros de la doctrina establecida por la Corte Suprema en “Fernández, Raúl H. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, donde el reclamante cuenta con 76 años de edad y es asistido por hipertensión arterial severa con antecedentes de aterosclerosis coronaria severa —entre otras afecciones— y posterior colocación de *stents*, se encuentra en una situación de vulnerabilidad que no puede ser desatendida ni postergada hasta el momento de dictarse sentencia (7).

En el caso “García, María I.” se había resuelto algo similar (8).

En efecto, para la Corte Suprema el cobro del impuesto a las ganancias sobre el haber de una jubilada con problemas de salud, a la cual se le hace una quita de más del 30% con fundamento en los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628 —texto según leyes 27.346 y 27.430— es inconstitucional, pues la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados resulta insuficiente, si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo.

La Corte Suprema si bien ordena la restitución de lo retenido desde el inicio de la demanda y la imposibilidad de que se realicen retenciones en el futuro, no cierra el caso, ya que en función de la división de poderes insta al Congreso Nacional a que dicte la

norma respectiva. Hasta que eso no ocurra, le concede a la reclamante el derecho a no sufrir retención alguna por el impuesto a las ganancias impugnado.

Por ende, el resultado final del caso y de los futuros reclamos estará en manos de una reforma legislativa a cargo del Parlamento. En cualquier caso, vale el análisis del caso y sus fundamentos.

En rigor, la Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia del juez de primera instancia que hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c), de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias.

En mérito a ello, ordenó a la demandada que procediera a reintegrar a la actora lo retenido en concepto de Impuesto a las Ganancias, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se le hubieren impugnado por aplicación de la normativa descalificada. Asimismo, dispuso que cesara para el futuro la aplicación del tributo con relación a sus haberes previsionales.

La Cámara señaló que resultaba contrario al principio constitucional de integralidad del haber previsional su reducción por vías impositivas y que, al abonar el impuesto a las ganancias durante la actividad laboral, existía una evidente doble imposición si se gravaba —con ese mismo tributo— el posterior haber previsional.

Añadió que la naturaleza integral del beneficio fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, sentencia del 28 de febrero de 2003, en la que se expuso que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo, presentes los imperativos de la equidad.

Se afirmó asimismo que la interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe hacerse de forma tal que no conduzcan a negar los fines superiores que ellas persiguen, armonizándose con el conjunto del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, entendió que el art. 79, inc. c), de la ley 20.628 resultaba inconstitucional, pues afectaba los arts. 14 *bis*, 16, 17, 31, 75 inc. 22 y concs. de la CN, los arts. 26 de la Convención Americana, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, sostuvo que la jubilación no es una ganancia, sino un débito que tiene la sociedad con el jubilado que le permite gozar de un beneficio cuando la capacidad laborativa disminuye o desaparece.

A partir de ello concluyó que al ser el haber previsional una suma de dinero que se ajusta al parámetro de integralidad, no puede ser pasible de ningún tipo de imposición tributaria.

La Corte puntualiza que, en materia impositiva, el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables, sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en realidad son distintas.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación.

La cláusula constitucional del art. 16 deriva a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación; no obstante, el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento, sino también —y es lo esencial— que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es, que corresponda razonablemente a distinciones reales.

La jubilación como beneficio para la tercera edad, cuando disminuyen o desaparecen las competencias para procurarse el sustento por medios propios, se encuentra dentro de los derechos sociales. Se destaca en el fallo que en sintonía con los conceptos que inspiran el constitucionalismo social, hace ya casi cuarenta años esta Corte Suprema destacó en el precedente “Berçaitz” que es “de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho”, cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados (9).

Desde esta perspectiva preferentemente social, no pueden caber dudas entonces de que la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador en la Constitución Federal apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en las contingencias de incapacidad y en la de vejez.

Se critica que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja.

En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por la Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos. Ello no supone desterrar el criterio de la “no confiscatoriedad” del tributo como pauta para evaluar la adecuación cuantitativa de un gravamen a la Constitución Nacional, sino advertir que tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tan excepcional situación.

Que, en ese orden argumentativo, el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad por su edad, por su estado de salud (requerimientos de asistencia médica y accesorios) y por su condición de pasivo (retirado de la actividad o con la misma disminuida), con otro que no se encuentra en esa situación que se ubica dentro de otros rangos etarios, mejor salud y plena actividad, pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo.

Dicho de otro modo: la misma capacidad económica —convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva— está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desiguando en la realidad lo que el legislador igualó.

Se agrega luego que debe quedar en claro que no se pretende desde el Poder Judicial establecer, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias, cuál debe ser la capacidad contributiva de cada jubilado en concreto, pues ello equivaldría —desde el punto de vista lógico— a consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema y —desde el punto de vista jurídico— asumir una tarea propia del legislador, violentando el principio republicano de la división de poderes. Lo que se pretende, ejerciendo competencias que son propias, es analizar —cuando un caso llega a la decisión del Poder encargado de resolver— si en la causa el estándar genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constitucionales o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales.

En tal hipótesis lo que corresponde hacer a la magistratura es declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de poner en conocimiento del Congreso la situación, para que este —ejerciendo sus competencias constitucionales— identifique situaciones y revise, corrija, actualice o complemente razonablemente el criterio genérico originario atendiendo al parámetro establecido por la justicia. La Corte finaliza declarando en el caso, y con el alcance que surgen de los fundamentos, la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430.

IV. Conclusiones

El caso “García” de la Corte Suprema deriva en la interposición de reclamos en un contexto similar con medidas cautelares o con acciones declarativas de certeza, que incuestionablemente parten de la premisa de que el impuesto a las ganancias sobre el haber jubilatorio es inconstitucional.

Es así, por las siguientes razones:

a. Las medidas cautelares son procedentes, dado el tiempo de duración del caso, y la posibilidad de que la sentencia llegue cuando el reclamante no haya podido sobrevivir a los plazos que se toma la justicia para resolver el fondo de la cuestión con sentencia firme;

b. Importa un caso de doble imposición, ya que durante el período de actividad el afiliado ya abonó el impuesto a la totalidad de los

{ NOTAS }

(7) CFed. de Apelaciones de La Plata, sala II, 04/03/2020, “Fernández, Raúl H. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, AR/JUR/14905/2020.

(8) CS, 26/03/2019, García, María I. c. AFIP s/ acción

meramente declarativa de inconstitucionalidad, Fallos: 342:411; LA LEY, 2019-B, 330, con notas de DE DIEGO, Julián A.; de DE VEDIA, Gabriel; RAJMILOVICH, Darío; y SPISSO, Rodolfo R.; LA LEY, 2019-B, 552, con notas de CARNOTA, Walter F.; y MARTÍN YÁÑEZ María

T.; DT, 2019 (mayo), 1208; RDA, 124-639; RDLSS, 2019-16, 1681, AR/JUR/1043/2019.

(9) CS, Fallos: 150:189; 160:247. Ver también: CS, Fallos: 149:417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568. CS, Fallos: 98:67; 320:1166. Ver Conf.

argumentos de las causas “Bayer SA” y “Harriet y Donnelly SA c. Chaco, Provincia del”, ya citadas. CS, Fallos: 289:430.

↓ INFOGRAFÍA

EL PROCESO ANTE LA PANDEMIA



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES

RESOLUCIÓN 386/20 (B.O. 18/03/2020) Delega a la Presidencia del Tribunal el dictado de normas para regular los procesos, procedimientos y formas de trabajo, incluido el teletrabajo.

Limita a la concurrencia personal a los tribunales de litigantes, profesionales y público en general.

Establece pautas para el trabajo a domicilio de jueces, agentes y funcionarios judiciales.

RESOLUCIÓN 10/20 (B.O. 27/03/2020)

Adopta medidas respecto del traslado de expedientes físicos.

Autoriza a sustituir audiencias por "escritos, resoluciones electrónicas y/o videoconferencias", cuando fuera posible.



Fija el deber de los tribunales de mantener actualizada y disponible la información de las causas.

Priorizará la atención telefónica y telemática en los órganos jurisdiccionales.

Solo se podrán presentar escritos de inicio (en papel) que requieran urgente despacho o en los que sea inminente la prescripción de la acción.

Escritos que no sean "de mero trámite", en actuaciones por propio derecho de patrocinados sin certificados digitales: se firmará ológrafamente por el litigante en presencia de su abogado.

Resoluciones que legalmente deban notificarse mediante cédula: se notificarán electrónicamente de oficio. Se diligenciará la cédula papel cuando la notificación se dirija a un domicilio real.

RESOLUCIÓN 15/20 (B.O. 6/04/2020)

Casos que requieran urgente despacho o en los que sea inminente la prescripción de la acción: Se habilita (desde el 6 al 12 de abril) la presentación de escritos de inicio de expedientes a través del Portal de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial ante los Juzgados de Paz y de primera instancia de los fueros civil y comercial, familia y contencioso administrativo y los Tribunales del Trabajo de turno.

Establece el uso de la firma digital en todos los actos jurisdiccionales de la SCBA. Los Ministros podrán rubricar sus votos en versión definitiva cualquier día hábil, aún en horas inhábiles.

ACUERDO 3971/20 (B.O. 17/04/2020)

Declara el acuerdo continuo para la producción y firma de actos y prevé la coexistencia con el régimen de acuerdos presenciales.

Instaura la posibilidad de acuerdos virtuales de la Suprema Corte.

ACUERDO 3975/20 (B.O. 21/04/2020)

Las resoluciones podrán ser firmadas todos los días hábiles, en hora hábil o inhábil. Por excepción podrán firmarse fuera de la sede o asiento físico de los despachos oficiales.

RESOLUCIÓN 28/20 (COPIA OFICIAL)

Aprueba el "servicio de consulta a la mesa de entradas de los órganos jurisdiccionales a través de la MEV".

EL PROCESO ANTE LA PANDEMIA



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES

RESOLUCIÓN 29/20 (B.O. 02/06/2020) Aprueba el texto ordenado del Acuerdo 3971/2020, con las modificaciones del Acuerdo 3976/2020.

Los Ministros de la SCBA podrán rubricar los respectivos votos en su versión definitiva cualquier día hábil o inhábil, aún en horas inhábiles.

ACUERDO 3796/20 (B.O. 02/06/2020)

Firma del Secretario de la SCBA:
- Actos jurisdiccionales: puede ser en hora hábil o inhábil, pero siempre de día hábil
- Actos de gobierno: puede realizarse en días hábiles o inhábiles.

RESOLUCIÓN 558/20 (B.O. 02/06/2020)

Habilita (desde el 1° de junio) la presentación de escritos de inicio de expedientes a través del Portal de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial en casos que requieran urgente despacho o en los que sea inminente la prescripción de la acción, para los tribunales de turno de los Fueros Civil y Comercial, de Familia, Laboral y en lo Contencioso Administrativo.

RESOLUCIÓN 565/20 (B.O. 05/06/2020)

Se dispone que los escritos de inicios de causa destinados a la Justicia de Paz letrada continuarán realizándose a través del Portal de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial, ante los Juzgados de Paz.

RESOLUCIÓN 567/20 (B.O. 09/06/2020)

Se establecen pautas para los actos correspondientes a los procesos que tramitan ante los fueros Penal y de la Responsabilidad Penal Juvenil, aplicables a partir de día 9 de junio.

Para los expedientes que involucren a personas que no se encuentran privadas de su libertad, se podrán realizar toda clase de presentaciones electrónicas y actos procesales compatibles con las restricciones vigentes en razón de la pandemia y la emergencia sanitaria, "cuyo despacho por los órganos judiciales podrá ser dispuesto y llevado a cabo en la medida que los medios tecnológicos disponibles lo permitan y siempre que no impliquen afluencia o traslado de personas a la sede de los organismos o dependencias judiciales o al lugar donde deba practicarse la diligencia".

RESOLUCIÓN 593/20 (B.O. 24/04/2020)

Habilita (a partir del 25 de junio) el ingreso, recepción y posterior distribución diaria por medios electrónicos de todas las causas correspondientes a los fueros civil y comercial, de familia, laboral y contencioso administrativo.

Los inicios se harán por el Portal de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial, de la misma forma que se previó para el ingreso de causas urgentes (Res. Pres. SCBA 15/2020 y Res. SCBA 558/2020)

RESOLUCIÓN 32/20 (COPIA OFICIAL)

Aprueba el servicio web de asignación de turnos para la concurrencia a la sede de órganos jurisdiccionales y dependencias de la propia Corte a partir del 8 de julio.



ingresos, incluyendo las retenciones con destino a la Seguridad Social;

d. Se violan principios elementales del derecho fiscal, como la equidad en materia impositiva, y la duda en favor del contribuyente, y no a favor del fisco;

e. Se considera equivalentes la capacidad tributaria de un sujeto activo que la de una persona retirada en la pasividad, sin valorar en cada caso la vulnerabilidad de quien se encuentra retirado, por la edad, el estado de salud, por el retiro en sí mismo, y por la dificultad de valerse de otros medios;

f. Finalmente, se violan principios que hacen a la intangibilidad e integralidad del haber jubilatorio, limitando la ganancia del sujeto que se pretende beneficiar, solo y únicamente por las aperturas fiscalistas del Estado rayanas en la voracidad fiscal, que en sí misma es una aberración en un sistema democrático;

g. Se insta y a la vez ordena al Congreso de la Nación a que adecue la legislación conforme lo resuelto por el fallo de la Corte Suprema en la doctrina del caso "García María I."

Cita on line: AR/DOC/2058/2020



JURISPRUDENCIA

Ausencia de relación laboral

Asociado de una cooperativa. Funciones de chofer prestadas a favor de una empresa distribuidora de energía eléctrica.

1.- La sentencia que condenó a las demandadas en los términos del art. 29, Ley de Contrato de Trabajo, debe revocarse, pues no emerge del análisis de las constancias probatorias que el reclamante se hubiese encontrado sometido a la dependencia técnica, económica y jurídica de la empresa distribuidora de energía eléctrica codemandada ni tampoco que la Cooperativa en la que era asociado se hubiera limitado a reclutarlo para destinarlo a prestar servicios a aquella.

2.- La implementación de un sistema de cómputo preciso de los servicios prestados, consagrada en orden a establecer los pagos, no se ajusta a las características de una relación de dependencia.

3.- Dentro del esquema de los atributos configurativos de la relación de dependencia, no luce suficiente alegar que otra empresa, distinta a la empleadora, se hubiese beneficiado con el trabajo del dependiente, atento a que esa situación es demasiado amplia como para definir un contrato laboral. El mencionado "beneficio" puede existir en distintos contratos de colaboración interempresaria, sin que ello habilite una relación directa entre el trabajador y los beneficiarios.

4.- En cuanto concierne a la dependencia jurídica, no se ha mencionado, ni mucho menos demostrado, que la empresa distribuidora de energía eléctrica codemandada ejerciera la potestad sancionatoria u organizativa, respecto del actor, propias del empleador. No cubre tal exigencia la mera indicación de que los empleados de la empresa le indicaran al actor los destinos a los que debía llevarlos, en tanto esa indicación no es más que una necesaria información que debe brindarse a quien es contratado para prestar un servicio de transporte.

CNTrab., sala VIII, 15/07/2020. - Hauscarriaga, Egberto Ignacio c. Edesur S.A. s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/27204/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 15 de 2020.

El doctor *Pesino* dijo:

I. Apelan las demandadas la sentencia de grado que admitió, en lo principal que decide, las pretensiones indemnizatorias articuladas en el inicio.

Ambas presentaciones descalifican la valoración efectuada en grado, que fue sustento de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 29 LCT y estableció la existencia de una relación de dependencia entre el actor y Edesur SA, además de la responsabilidad solidaria de la Cooperativa de Trabajo 13 de Enero Ltda.

En apoyo de sus posturas explican que el actor fue asociado de la cooperativa demandada y que esta suscribió con la empresa eléctrica un contrato comercial para la prestación del servicio de transporte, en el que el actor participó cumpliendo funciones de chofer.

Disconforme con la regulación de sus honorarios, se presenta el perito contador.

II. Los planteos obligan a efectuar un nuevo análisis de las pruebas aludidas en cada uno de los recursos, teniendo en consideración que la coaccionada Edesur SA afirmó que el actor jamás se desempeñó como su empleado, en condición de dependiente, y que las tareas que cumplió se vinculan con su calidad de socio cooperativo de la Cooperativa de Trabajo 13 de enero Limitada.

En tal contexto y bajo la directriz que emana del art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, correspondía al pretensor acreditar que la actuación de la cooperativa se enmarcaba en una intermediación fraudulenta y que la real titular de su relación fue Edesur SA.

A tales efectos se advierte que el testigo M., que dijo ser empleado de Edesur SA y declaró a fs. 481, a instancias de la parte actora, precisó que el actor ponía su camioneta y lo llevaba al dicente a hacer los trabajos. También dijo que las boletas de reclamo, de los abonados, le eran entregadas al dicente, quien, a pedido del actor, se las pasaba para que este copiara las direcciones adónde debían ir. Sobre la forma de cobro del actor, dijo no saber quién le pagaba.

E., que también fue citado por pedido de la parte actora, explicó que no sabe quién le pagaba al actor, pero que él le firmaba los justificativos de trabajo y eso le servía al actor para cobrar. Que en ellos figuraba el nombre de la cooperativa y se anotaban los destinos, los kilómetros y los horarios que había trabajado ese día (ver fs. 479 vta.).

De ambos testimonios se desprende una forma de trabajo incompatible con la que denunciara el pretensor, en relación con Edesur SA, ya que la implementación de un sistema de cómputo preciso de los servicios prestados, consagrada en orden a establecer los pagos, no se ajusta a las características de una relación dependiente.

Tampoco emerge del análisis de las constancias probatorias que el reclamante se hubiese encontrado sometido a la dependencia técnica, económica y jurídica de Edesur SA ni tampoco que la Cooperativa accionada se hubiera limitado a reclutarlo

para destinarlo a prestar servicios a la distribuidora de energía eléctrica.

No fue materia de controversia que la cooperativa, a la que estaba asociado, era quien le pagaba y si bien se ha denunciado que esa situación era meramente formal, siendo Edesur SA quien realmente lo hacía, a través de aquella, lo cierto es que esa circunstancia no se encuentra verificada en autos.

En torno a este punto, debe considerarse que la pericia contable informó que se exhibió documentación, de la que surge que la Cooperativa cuenta con estatutos inscriptos y aprobados y facturas por prestaciones de servicios de transporte a otras empresas como son Ugofe y Metrovías (ver fs. 470 y 471 vta.).

En relación con los libros de Edesur SA, el perito contador hizo saber que accedió a documentación que revela que ha contratado servicios de vehículos con chofer para el traslado de personas y materiales con diversas cooperativas, entre ellas la que integraba el actor (ver fs. 470).

En ese sentido, es válido considerar que fue en este marco jurídico en el que se desarrolló el vínculo laboral del actor.

A mayor abundamiento y dentro del esquema de los atributos configurativos de la relación de dependencia, no luce suficiente alegar que otra empresa, distinta a la empleadora, se hubiese beneficiado con el trabajo del dependiente, atento a que esa situación es demasiado amplia como para definir un contrato laboral.

Es claro que el mencionado "beneficio" puede existir en distintos contratos de colaboración interempresaria, sin que ello habilite una relación directa entre el trabajador y los beneficiarios.

En cuanto concierne a la dependencia jurídica, no se ha mencionado, ni mucho menos demostrado, que Edesur SA, ejerciera la potestad sancionatoria u organizativa, respecto del actor, propias del empleador (arts. 65, 66 y 67 de la ley 20.744). No cubre tal exigencia la mera indicación de que los empleados de la empresa demandada le indicaran al actor los destinos a los que debía llevarlos, en tanto esa indicación no es más que una necesaria información que debe brindarse a quien es contratado para prestar un servicio de transporte.

Finalmente, deviene oportuno observar que el demandante detalló que, a fines del año 2000 sufrió el robo del vehículo, por lo que debió reemplazarlo. De allí se infiere que el vehículo era suyo y como propietario se hacía cargo de las consecuencias vinculadas a su provisión (ver fs. 6 vta.).

En los términos expuestos, la vinculación establecida entre el actor y las accionadas, de acuerdo a las previsiones del artículo 29, LCT, debería ser revocada.

III. En virtud de lo dispuesto por el artículo 279, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, correspondería, dejar sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios.

Respecto de las primeras, se propone su imposición al actor, vencido en el proceso (artículo 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En cuanto a los honorarios, teniendo en consideración la importancia, mérito y extensión de las labores desempeñadas y las pautas arancelarias de aplicación, debería fijarse a la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada Cooperativa de Trabajo 13 de Enero Limitada y demandada Edesur SA, por su actuación en sede administrativa y judicial, así como los del perito contador en las respectivas sumas de \$80.000.-, \$110.000.-, \$110.000.- y \$50.000.-, calculados a la fecha del presente (cfr. arts. 7, 19 y concs., ley 21.839 y 3 y concs., D.L. 16.638/57).

IV. Por expuesto propongo, se revoque la sentencia apelada y en su mérito rechace íntegramente la acción entablada por Egberto Ignacio Hauscarriaga contra Cooperativa de Trabajo 13 de Enero Limitada y Edesur SA; se deje sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios; se impongan las costas del proceso a cargo de la parte actora vencida y se regulen los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada Cooperativa de Trabajo 13 de Enero Limitada y demandada Edesur SA, por su total actuación previa a esta instancia, así como los del perito contador en las respectivas sumas de \$80.000.-, \$110.000.- y \$50.000.-, calculados a la fecha del presente; se regulen los honorarios de los firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda por su actuación en la anterior instancia (art. 30, ley 27.423).

La doctora *González* dijo:

Que, por análogos fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia apelada y rechazar íntegramente la acción entablada por Egberto Ignacio Hauscarriaga contra Cooperativa de Trabajo 13 de Enero Limitada y Edesur SA; 2) Dejar sin efecto lo resuelto en grado sobre costas y honorarios; 3) Imponer las costas del proceso a cargo de la parte actora; 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada Cooperativa de Trabajo 13 de Enero Limitada y demandada Edesur SA, por su total actuación previa a esta instancia, así como los del perito contador en las respectivas sumas de \$80.000.-, \$110.000.-, \$110.000.- y \$50.000.-, calculados a la fecha del presente; 5) Regular los honorarios de los firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda por su actuación en la anterior instancia. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° de la Acordada CSJN 15/13 del 21/05/2013 y oportunamente devuélvase. — *Víctor A. Pesino. — María D. González.*

Exclusión del monotributo

Exclusión por superar el límite máximo de ingresos de la categoría. Método de lo devengado. Alegación de existencia del error al completar el claro correspondiente al período devengado. Falta de prueba. Ausencia de afectación del derecho de trabajar y ejercer actividad lícita.

1. - Los simples dichos del contribuyente, respecto de la existencia del error al completar el claro correspondiente al período devengado, sin prueba que los sustenten, son insuficientes para desvirtuar la presunción de legitimidad que ostenta el acto administrativo impugnado y sellan la suerte de su pretensión anulatoria respecto del acto que dispuso su exclusión del monotributo.^[1]
2. - La exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes no afectó el derecho a trabajar y/o ejercer actividad lícita del contribuyente, no solo por la falta de prueba conducente, sino también porque, tal como lo prescribe el régimen y recoge la propia resolución cuestionada —a consecuencia de dicha exclusión—, el fisco dio de alta al actor en el Régimen General.
3. - El art. 9 del dec. 1/2010, reglamentario del Anexo a la ley 24.977 y la modificatoria, ley 26.565, alude expresamente al “método de lo devengado”. Prescribe que los ingresos brutos son los “...devengados en el período que corresponda a cada situación prevista en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS)”. El concepto de “lo devengado” no ha sido definido por la Ley de Monotributo ni por su reglamentación.
4. - La leyenda: “Período facturado desde... hasta...”, que es lo que declara el contribuyente al momento de realizar la factura, refiere al período en el cual se devengó el servicio, pues así surge de lo afirmado por el fisco, sin cuestionamiento alguno del contribuyente.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 14/07/2020. - Lanusse, Lucas c. EN - AFIP - DGI s/ Dirección General Impositiva.

[Cita on line: AR/JUR/25852/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, “Alitiz, Nicolás Jorge c. EN-AFIP s/ Dirección General Impositiva”, 04/02/2020, AR/JUR/172/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 14 de 2020.

La doctora *Heiland* dijo:

I. A fs. 2/8, el Sr. Lucas Lanusse demandó a la AFIP, por nulidad de la res. DI CRSS 2918/17, que confirmó su exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes —Monotributo— (tipificada en el inc. a), del art. 20 del Anexo I de la ley 26.565); a partir del período agosto/2017.

A todo evento, planteó exceso de punición, por desproporción en la sanción.

En lo fundamental, adujo que: a) no debía computarse la factura N° 0002-00000105 (en adte.2-105) dentro del período en que el Fisco lo hizo, porque la emitió el 31/07/2016, y por servicios que brindó en julio de 2016;

ya que, por error, consignó como período facturado el transcurrido entre el 01/08/2016 y el 01/08/2016.

II. A fs. 43 y vta., el Juzgado de origen rechazó la medida cautelar que el actor había requerido para que, previa suspensión de la res. DI CRSS 2918/17, se lo reincorpore provisoriamente al Régimen Simplificado.

Decisión provisional que (a fs. 61/62) ésta Sala confirmó; en esencia, por considerar que el recurrente, “...para demostrar...que su inclusión en el régimen general...resulta atentatoria de su real capacidad contributiva...”, requería “...una instancia probatoria que excede el limitado marco cognoscitivo de ese tipo de medidas” (fs. 61/62).

III. A fs. 111/114, el Sr. Juez de la instancia anterior hizo lugar a la demanda, con costas.

En lo fundamental sostuvo que, de “...las pruebas producidas...” se desprende que las conclusiones del Fisco, “...resultan dogmáticas sin indagar la verdadera capacidad tributaria, ni tampoco aportar un argumento sólido a efectos de rechazar la defensa del actor”.

Para lo cual consideró que:

a) La factura 2-105 fue “emitida el 31/07/2016, es decir fuera del período en cuestión, sin que el organismo recaudador explique y/o demuestre la razón por la cual la consideró incluida...”.

b) Del dictamen que sirvió de base a la resolución impugnada “...se desprende que es la propia demandada quien reconoce que... la factura había sido ‘...emitida fuera del período bajo análisis...’”; y que, sin tener en cuenta “...las manifestaciones realizadas por el actor, considera que corresponde incluirla por haber sido devengada dentro del período correspondiente”.

c) El Fisco no rebatió “...la defensa del actor, quien había manifestado que el período facturado se correspondía con la fecha de emisión, y que por error se había consignado agosto de 2016”.

Tampoco, “...que la factura había sido emitida a ‘mes vencido’, es decir, por los servicios ya brindados”. Cuando se emitió “...por prestación de servicios, lo que... hace referencia a un servicio efectivamente prestado y no a prestarse”.

d) “[E]l monto anual establecido por la Categoría H en cuestión, solo se encontraría superado —en \$29.000— al incluirse la factura mencionada”.

e) El Fisco tampoco se ajustó a los principios referidos a la realidad económica, con prescindencia de las apariencias o exterioridades jurídicas.

IV. Contra ese pronunciamiento, apela el Fisco (fs. 115) y expresa agravios (fs. 119/127); los que fueron replicados a fs. 129/135. En esencia, sostiene que:

a) La sentencia resuelve “...con prescindencia absoluta de lo que disponen las normas...”.

Soslayó lo prescripto por la ley 24.977, sus modificatorias y complementarias, así como por el dec. 1/2010, art. 9 (reglamentario del Anexo de la ley 24.977), que considera ingreso bruto al devengado en el período que corresponda a cada situación —como lo resaltó el dictamen jurídico previo a la resolución DI CRSS 2918/2017—.

b) El contribuyente no aportó prueba sustancial para asistir razón a sus alegaciones fácticas.

Con una “...simple observación de la factura 0002-00000105...”, resulta “...que el período facturado versa desde el 01/08/2016 hasta el 01/08/2016...”; por lo que el propio contribuyente, autodevengó los servicios dentro del período analizado.

Sin que obste el error que invoca, por falta de debida documentación.

c) También fuerza extremadamente la interpretación del principio de la realidad económica; soslayando la contundencia de la factura aquí discutida (con devengamiento autodeclarado); haciendo nacer un “...privilegio... en cabeza del contribuyente”.

V. En tales condiciones y atento el tenor de los agravios, importa aclarar de entrada que, el llamado “Régimen Simplificado para pequeños contribuyentes”, a la fecha y desde principios del año 2010, se integra con el dec. 1/2010, reglamentario del Anexo a la ley 24.977 y modificatoria 26.565.

Se trata de un régimen tributario integrado y simplificado, destinado a pequeños contribuyentes y respecto de varios impuestos: a las ganancias (IG), IVA y al sistema previsional. Régimen a través del cual, los ingresos a efectuarse, como consecuencia de su adhesión, se subsumen en una cuota fija mensual, sustituyendo el pago de IG, IVA y aportes con destino a los recursos de la Seguridad Social.

Para lo que ahora importa, el art. 9 del citado decreto reglamentario, alude expresamente al “método de lo devengado”. Prescribe que los ingresos brutos son los “...devengados en el período que corresponda a cada situación prevista en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS)”.

El concepto de “lo devengado” no ha sido definido por la ley de monotributo ni por su reglamentación.

Ello, no obstante, aunque en el marco de otro impuesto, cual es el IG, la CSJ entendió que “‘devengar’ es un concepto general del derecho empleado usualmente para dar cuenta de la circunstancia misma del nacimiento u origen de un derecho de contenido patrimonial. Alude, en tal sentido, al fenómeno mismo de la génesis de un derecho”. En dicha inteligencia, cuando la ley de IG emplea el citado término, “lo hace para que se realice la imputación de las ganancias y los gastos al ejercicio en que acaecieron los hechos jurídicos que son su causa...” (en “Compañía Tucumana de Refrescos SA c. DGI”, del 24/05/2011).

De tal forma, una renta es atribuible conforme a dicho criterio, cuando se producen los actos, actividades o hechos sustanciales que la generan, aunque no sean exigibles al momento de su medición; y en tanto se verifiquen parámetros objetivos esenciales y no meramente formales, así como la posibilidad fáctica y jurídica de que ese ingreso o gasto deba efectuarse (Sala IV, en sent. firme “Dycasa SA c. DGI s/ rec. directo”, del 23/02/2016).

VI. La res. DI CRSS 2918/17 —por remisión a los fundamentos del dictamen jurídico previo DV REVA 1509/17—, indicó que las actuaciones administrativas se originaron “...en virtud de haberse constatado... que la suma de los ingresos brutos obtenidos por el contribuyente en los últimos doce (12) meses... exceden el límite máximo establecido...” para la categoría “H” en que se ubicaba (conf. dictamen, fundamento de la exclusión confirmada por el art. 2 de la res. 2918/17).

A su vez, que “...conforme a la información obrante en las bases de datos...la diferencia alegada por el ciudadano responde a

la factura [N° 2-105] que si bien es emitida fuera del período bajo análisis, el servicio es devengado dentro del mismo”.

Consideraciones a partir de las cuales concluyó en que: a) “...los ingresos brutos máximos a considerar son...\$700.000...”; registrando “...el Sr. Lanusse Lucas... ingresos devengados por el monto de \$729.000, motivo por el cual aconsejaremos confirmar la exclusión determinada”; b) “si bien [la factura] es emitida fuera del período bajo análisis, el servicio es devengado dentro del mismo”; y

c) “el art. 9 del decreto 1/2010...establece que a los efectos del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes se consideran ingresos brutos los devengados en el período que corresponda a cada situación”.

La existencia de este acto administrativo (de alcance particular), por el solo hecho de serlo, impone una expresa carga sobre el particular que se considere agraviado, cual es, desvirtuar la presunción de legitimidad que por ley inviste (conf. art. 12 LPA; doc. CSJ Fallos: 190:142; 289:177, cons. 11 y 13; 291:499; 319:1476; 336:1529; entre otros).

Lo que colorea singularmente la carga prevista en el art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; en tanto, la necesidad de fundar los hechos que sustenten la pretensión debe necesariamente visualizarse de cara a la referida presunción de legitimidad del acto administrativo. Esto así, “...a fin de que el Estado no termine obligado a demostrar en cada caso la veracidad de los hechos en que se asienta, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio” (CSJ Fallos: 218:312, 324 y 372; 294:69; 328:53).

VII. De lo hasta ahora expuesto y, en especial, de los términos de la demanda y de la resolución administrativa impugnada resultan varios aspectos que las partes no discuten y que conviene puntualizar, a fin de delimitar el punto en conflicto. Son los siguientes:

a) El límite de ingresos brutos anuales que el actor no podía superar (para no quedar excluido de pleno derecho del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes), era de \$700.000 (conf. arts. 8 y 20, inc. a), de la ley 26.565 y modifs.; res. DI CRSS 2918/17, aquí impugnada: fs. 79/82; y escrito de demanda).

b) El contribuyente, al momento de completar la factura motivo de discusión N° 2-105, insertó en el campo “Período Facturado Desde” la siguiente especificación: “01/08/2016”. A su vez, al momento de hacer lo propio respecto de la voz “Hasta”, insertó la misma fecha: “01/08/2016” (ver fs. 15).

c) Esa leyenda: “Período Facturado Desde... Hasta...” (que es lo que declara el contribuyente), refiere al período en el cual se devengó el servicio.

Así se desprende de la res. DI CRSS 2918/17 y de lo afirmado por el Fisco, sin cuestionamiento alguno del actor. Lo que además concuerda, con la postura que asumió a partir del error que afirma cometido al llenar los respectivos “campos”.

d) Si se incluye dicha factura, dentro del período de control por el Fisco, el límite máximo de \$700.000, estuvo excedido en \$29.000 (conf. lo señala la sentencia, sin réplica de parte).

VIII. Por ser así, el nudo del problema radica en decidir si la factura 2-105 debe o no ser incluida dentro del período anual por el

Fisco considerado. Lo que impone indagar sobre la efectiva existencia del error que el actor afirma haber cometido, al completar el claro correspondiente al período devengado.

Situación que hace al análisis de la prueba a tal efecto producida por quien alega el hecho que sustenta sus pretensiones. Como única forma, insisto, de revertir las constataciones y demás consideraciones de la resolución cuestionada.

A diferencia de lo sostenido por la argumentación nodal de la sentencia en recurso, de lo actuado no surge ninguna prueba y/o indicio eficiente a tal fin. En efecto:

A) Más allá de que, la insuficiencia probatoria ya había sido anunciada por esta Sala, al momento de confirmar el rechazo de la cautela por el actor solicitada (conf. lo relatado en el cons. II); lo cierto es que ni de lo actuado en sede administrativa, ni en sede judicial, surge actividad eficiente al referido fin.

Es más, como prueba, el actor se limitó a ofrecer aquí la factura (cuya existencia nadie discute) y lo actuado en sede administrativa (ver fs. 8 vta. de su escrito de demanda). Incluso, fue a su propio pedido que la causa se declaró como de puro derecho (ver fs. 107).

Todo lo cual repercute fuertemente en su contra; máxime que, justamente, era el contribuyente quien a través de sencilla prueba mejor podía sustentar sus dichos.

Solo a modo de ejemplo, estaba a su alcance: i) acompañar facturas anteriores y/o posteriores (a la N° 2-105), que permitan inferir al menos, que el servicio allí facturado, fue prestado en julio de 2016 —como alega—, y no en agosto de ese mismo año; ii) ofrecer testimonio de N. J. J. (beneficiario del servicio, conf. lo indica en la factura N° 105, obrante a fs. 78), para que corroborara sus dichos respecto a la fecha de devengamiento, acompañando la pertinente documentación respaldatoria; y iii) precisar de qué tipo de servicio se trató y/o con qué frecuencia lo prestó o presta; etc.

B) Sin que a todo ello tampoco obsten las referencias de la sentencia vinculadas a que:

a) El Fisco habría omitido en sede administrativa considerar y evaluar la defensa del actor, respecto a que “...el período facturado se correspondía con la fecha de emisión, y que por error se había consignado agosto de 2016”; pues su defensa ante dicha sede fue diferente.

Allí, el actor limitó la discusión a afirmar que no había superado el límite de los \$700.000; que “el equívoco obedece a que está mal calculado por parte de AFIP el total de facturación que realicé” (ver “detalle del recurso”, acompañado por el Fisco a fs. 72 de autos, que no objetó el demandante).

b) Tampoco es sustentable la afirmación vinculada a que estando la factura emitida “...por prestación de servicios...”, podía “... válidamente entenderse que hace referencia a un servicio efectivamente prestado y no a prestarse”. Máxime que, no habría impedimento para que, por ejemplo, se facture un adelanto de honorarios, por un servicio a prestarse.

C) A todo evento, la falta de prueba también impide examinar y/o menos aún valorar si la inclusión del actor en el régimen general de los impuestos resulta o no atentatoria de su real capacidad contributiva. Aspecto que, insisto, ya se le había advertido, en etapa preliminar del pleito (res. de esta Sala de fs. 61/62).

D) En suma, los simples dichos del actor (sin prueba que los sustenten) son insuficientes para desvirtuar la presunción de legitimidad que ostenta el acto administrativo impugnado y sellan la suerte de su pretensión anulatoria.

IX. Atento al modo en que se decide y por razones de economía procesal, corresponde adentrarse al conocimiento de los planteos que, en subsidio, insertó el actor en su demanda (doc. art. 253, *in fine*, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; Fallos: 190:318; 256:434; 268:48; 308:656; 327:3925 y sus citas).

Son los referidos a que, su exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, tendría como consecuencia: a) un exceso de punición que vicia el acto, ya que no hay proporcionalidad entre la sanción prevista en la norma y la conducta descripta; y b) un impedimento al ejercicio de su actividad profesional lícita, afectando derechos y garantías constitucionales.

Sus quejas no pueden prosperar, pues resultan más aparentes que reales. En efecto:

a) El Anexo I de la ley 26.565 (y sus modificatorias y complementarias), establece un régimen tributario integrado y simplificado, relativo a los impuestos a las ganancias (IG), al valor agregado (IVA) y al sistema previsional, destinado a pequeños contribuyentes (art. 1 y 2).

Se trata de un régimen optativo y ventajoso para el pequeño contribuyente, desde que los ingresos que deban efectuarse como consecuencia de su adhesión sustituyen el pago de IG e IVA (arts. 4, 6 y 17).

Por ello, para poder permanecer en el mismo, la normativa determina ciertos requisitos y/o causales de exclusión. Entre ellas, y para lo que al caso importa, que los ingresos brutos no excedan los máximos establecidos para cada caso (art. 20).

Su acaecimiento produce, sin necesidad de intervención alguna de la AFIP, la exclusión automática del régimen; debiendo ser el propio contribuyente quien lo comuniqué (en forma inmediata) y solicite el alta en los tributos del régimen general de los que resulte responsable. Cuando sea la AFIP quien constate que un contribuyente se encuentra incluido en alguna de las causales, corresponde le comuniqué su exclusión del régimen, de pleno derecho; debiendo ser dado de alta en el Régimen General (art. 21). Tal como en autos ocurrió.

Es decir, si se cumple una causal de exclusión y el contribuyente no cumple con su deber de comunicación y recategorización, es el Fisco quien debe suplir su omisión.

Su exclusión de pleno derecho está expresamente prevista en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes; sin que ninguna norma prevea una gradación diferente y/u otro resultado para el contribuyente que hubiera cometido el exceso aquí detectado (en la categoría más alta).

Normativa a la que debe estarse, desde que no ha sido objeto aquí de cuestionamiento constitucional.

b) De todo lo anterior desgaja también, que su exclusión del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, en nada afecta su derecho a trabajar y/o ejercer su actividad lícita.

Lo que es así, no solo por la falta de prueba conducente, sino también porque, tal como lo prescribe el régimen en trato y recoge la propia res. DI CRSS 2918/17 —a consecuencia de dicha exclusión—, el Fisco dio de alta al actor “...en el Régimen General desde el período 09/2017...” (conf. art. 2 de la res. cit.).

X. Las costas de ambas instancias deben correr por su orden.

Ello así, atento a que la falta de definición normativa del concepto de “lo devengado” para el específico régimen en trato; y de las razonables dudas que ello pudo generar al contribuyente, en especial, al momento de completar la factura, en los campos referidos al “Período facturado Desde...Hasta...”, pudieron hacerle creer que le asistía mejor derecho (conf. art. 279 y 68, 2° párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

XI. Por todo ello, voto por hacer lugar al recurso interpuesto por la AFIP, revocar el pronunciamiento apelado y, en su consecuencia, rechazar la demanda, distribuyendo las costas de ambas instancias en el orden causado (conf. art. 279 y 68, 2° párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

La doctora *do Pico* adhiere al voto precedente.

El doctor *Facio* dijo:

Adhiero al voto de la doctora *Heiland*, con excepción del considerando VIII, punto A), primer párrafo y del considerando IX, punto a), último párrafo. Así voto.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, se decide: Hacer lugar al recurso interpuesto por la AFIP, revocar el pronunciamiento apelado y, en su consecuencia, rechazar la demanda, distribuyendo las costas de ambas instancias en el orden causado. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Clara María do Pico*. — *Rodolfo Facio*. — *Liliana M. Heiland*.

EDICTOS

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2, Secretaría Única del Departamento Judicial de Mercedes, Bs. As., sito en Calle 27, N° 600, PB, de Mercedes, Bs. As., cita a herederos de JULIA CATALINA COLOMBO Y CASTELLI DE DON-

DENA por diez días para que contesten la demanda entablada en autos caratulados “MARIO PEREZ Y OTRA C/COLOMBO Y CASTELLI DE DONDENA, JULIA CATALINA S/USUCAPIÓN”, bajo apercibimiento de designarle Defensor de Ausentes. El

presente debe publicarse por diez días en el Boletín Judicial y “LA LEY” de la C.A.B.A.

Mercedes, 28 de noviembre de 2018

María Cecilia Vita, sec.

LA LEY: I. 24/07/20 V. 06/08/20



Derecho a la Información y a la Comunicación en la provincia de Buenos Aires

APORTES PARA SU EFECTIVA OPERATIVIDAD

Gonzalo Fuentes (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Algunas particularidades del contexto evolutivo del tema en análisis. El Gobierno Abierto y sus implicancias.— III. Origen y tétesis del Derecho de Acceso a la Información Pública.— IV. El Acceso a la Información Pública en el Derecho Internacional.— V. El Derecho de Acceso a la Información Pública en Argentina. Evolución.— VI. El derecho a la información y a la comunicación en la Provincia de Buenos Aires.— VII. Una insuficiente reglamentación.— VIII. El DAIP en la doctrina legal de la Suprema Corte Bonaerense.— IX. Consideraciones finales.

I. Introducción

El presente desarrollo tiene como propósito, efectuar un análisis circunstanciado de los distintos matices a ponderar para el examen del derecho a la información y a la comunicación, incorporado como un nuevo derecho individual, en la reforma constitucional del año 1994 en la Provincia de Buenos Aires.

A dichos fines, comenzaremos describiendo el novedoso contexto evolutivo por el cual se piensa en la apertura de la gestión pública, que permita la ciudadanía ejercer un control real y efectivo sobre la dinámica de los entes estatales. Particularmente, nos detendremos en el estudio del componente esencial que permite —sistémicamente— la progresiva consagración de otros derechos esenciales para el ciudadano en proyección como sujeto político.

Desarrollaremos un análisis del “Derecho de Acceso a la Información Pública” (DAIP) en el derecho internacional y como los principios emergentes de normas convencionales y su interpretación, fueron receptadas en el ámbito doméstico a través de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) y posteriormente en la sanción, por parte del Congreso de la Nación, de la ley que garantiza el acceso a la información pública.

Un insumo muy importante para completar este análisis proviene del Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, donde observamos que el tema escogido, fue incorporado en varios proyectos, y puntualmente analizaremos uno de ellos que —consideramos— tuvo mayor vinculación con la norma incorporada y con la proyección que esta ha tenido. En ese orden, observamos el lábil contexto reglamentario vigente en la provincia, el cual se coteja con la

cita de pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que dan razón de ello.

Pretendemos conformar un aporte detallado, para que se evalúe la necesidad de sancionar en la Provincia de Buenos Aires —con la mayor celeridad posible— un nuevo marco normativo que garantice el efectivo goce del DAIP y que recepte los estándares y principios que encienden, en la actualidad, su progresiva evolución.

II. Algunas particularidades del contexto evolutivo del tema en análisis. El Gobierno Abierto y sus implicancias

Como dato inicial para abordar el análisis del tema en desarrollo, resulta necesario hacer referencia al fenómeno denominado “gobierno abierto”. Entendemos que su simiente es producto directo de las crecientes demandas del pueblo, efectuadas en el marco de lo que Rosanvallon (1) denomina “sociedad de la desconfianza y de control”, en la cual se acrecienta el permanente estado de sospecha de la ciudadanía en relación con el poder estatal, lo cual exige compensar las debilidades del sistema representativo mediante la vigilancia y la denuncia, que permitan conformar una opinión pública sólida “La Opinión Pública es la clase de ley por la que todo individuo puede ser el ministro”.

El concepto de gobierno abierto y de gestión transparente, busca entregar a la ciudadanía toda la información sobre los asuntos públicos sin bloqueos innecesarios, buscando la consolidación de un ciudadano más empoderado, conocedor de los asuntos públicos y capaces de hacer seguimiento a las acciones estatales para exigir cuentas a las entidades de gobierno. Esta idea del ciudadano empoderado implica un mejoramiento de las acciones estatales al desincentivar

prácticas patrimonialistas y corruptas en entidades estatales (2).

Al mismo tiempo, una ciudadanía informada y empoderada permitirá generar círculos virtuosos para la deliberación pública, contando con mayores herramientas para debatir y construir su propio poder comunicativo sobre datos públicos.

En tal sentido, Oszlak (3) afirma que el mundo está atravesando una época de apertura institucional inédita, hoy el adjetivo “abierto” califica toda clase de objetos e instituciones. Además de datos y gobierno abiertos, se habla de parlamento abierto, justicia abierta, democracia abierta, ciudades abiertas, universidades abiertas, servicios públicos abiertos e innovación abierta. En dos palabras, sociedades abiertas. Para ello, es fundamental que el reconocimiento legal a la libertad de información y la concepción del gobierno abierto alcance a las demás instituciones del Estado. En el mundo, los poderes legislativo y judicial están demostrando una voluntad de transparentar su gestión promoviendo la participación ciudadana. Los términos “parlamento abierto”, “justicia abierta” o similares, comenzaron a popularizarse. De tal forma, es que en la actualidad se comienza a hablar del término “Estado abierto” para aludir a un fenómeno común: la voluntad formalmente expresada por parte de gobiernos, parlamentos, cortes de justicia, organismos de control público u otras instituciones estatales o paraestatales, de promover la apertura de sus repositorios de datos, el acceso ciudadano a la información, la participación social en la elaboración de políticas, la rendición de cuentas y, en general, el control ciudadano de la gestión pública y sobre la transparencia en el manejo de la cosa pública.

Como dato evolutivo en relación con este innovador paradigma de gestión estatal, vale

reseñar que en el marco de la 70 Asamblea de ONU, se celebró la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma al Estado, en la que se elaboró la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (4), en la cual además, se fijó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con 17 objetivos para lograr un mundo más próspero, en paz, justo e incluyente durante los próximos 15 años.

Uno de los principales desafíos de esta Agenda —marcado en su objetivo 16— consiste en configurar un nuevo marco de gobernanza pública y una renovada arquitectura estatal, que garantice la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles.

Para enfrentar dichos cometidos, resulta indispensable contar con una gestión pública eficaz, responsable, receptiva, incluyente y participativa, que permita garantizar la construcción de sociedades más prósperas, equitativas y justas. Esto implica una mayor interacción entre Estado y sociedad, basado en la confianza, a través de gobiernos transparentes que rindan cuentas, que promuevan espacios de participación ciudadana efectiva.

Fundado en los pilares de transparencia y acceso a la información, de rendición de cuentas públicas, de participación ciudadana y de colaboración para la innovación, el gobierno abierto supone una transición institucional sin precedentes en la búsqueda de nuevos modelos de gobernanza, con base en la recuperación de la confianza y legitimidad de la acción pública, y buscando contar con la ciudadanía como centro y protagonista de su propio desarrollo.

DOCTRINA

Derecho a la Información y a la Comunicación en la provincia de Buenos Aires. Aportes para su efectiva operatividad

Gonzalo Fuentes 1

Una agenda judicial con perspectiva de género en la provincia de Buenos Aires

María Ventura Martínez 7

NOTA A FALLO

Reinstalación por el DNU 329/20: los cuestionamientos

Alberto Mansilla 11

JURISPRUDENCIA

REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR. Despidos por disminución de trabajo en la Pandemia. Aplicación del DNU que prohíbe los despidos sin causa. Fecha de notificación del despido (TTrab. N° 2, San Miguel) 11

DESPIDO DE TRABAJADORES DURANTE LA PANDEMIA. Disminución de trabajo o fuerza mayor. Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020. Prohibición. Reinstalación (TTrab. N° 2, San Miguel) 11

Ello, parte además, por reconocer que la idea de gobierno abierto es el uso de las nuevas tecnologías de la información (TIC) para la reducción de las desigualdades y asimetrías; de un proceso más sustantivo de diálogo.

En definitiva, el gobierno abierto lleva en su base un cambio cultural, una nueva forma de gobernar: por, para y con la ciudadanía.

Los cimientos que constituyen el gobierno abierto se considerarán bajo una lógica sistémica, en la que cada uno contribuye al logro de los otros de manera orgánica e interdependiente. Estos cuatro pilares del gobierno abierto son: (i) Transparencia y Acceso a la Información Pública (ii) Rendición de Cuentas Públicas; (iii) Participación Ciudadana y (iv) Colaboración e Innovación Pública y Ciudadana.

Con base en ello, en este trabajo intentamos desarrollar el primero de esos pilares, el cual es necesario para la evolución de los restantes.

III.1. Transparencia y Acceso a la Información Pública

Como enunciábamos anteriormente, de aquellos pilares constitutivos de esta moderna visión acerca de la “cosa pública”, consideramos que la transparencia en el obrar estatal es crucial en la relación de los gobiernos, pues es el vínculo de las administraciones con los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos.

De tal modo, la transparencia implicará dos ámbitos cruciales: el derecho de acceso a la información que está en poder de las instituciones públicas y que puedan solicitar los ciudadanos, y también la obligación de los gobiernos de poner a disposición de la ciudadanía, de forma proactiva, aquella información que den cuenta de sus actividades, del uso de los recursos públicos y sus resultados, con base en los principios de la publicidad activa, tales como la relevancia, exigibilidad, accesibilidad, oportunidad, veracidad, comprensibilidad, sencillez y máxima divulgación.

Para ello, es fundamental que el reconocimiento legal a la libertad de información y la concepción del gobierno abierto, alcance a las demás instituciones del Estado. En la actualidad, se comienza a hablar del término “gobierno abierto” con el propósito de promover la apertura de los repositorios de datos, el acceso ciudadano a la información, la participación social en la elaboración de políticas, la rendición de cuentas y, en general, el control ciudadano de la gestión pública y sobre la transparencia en el manejo de la cosa pública.

Definitivamente, —remarca Oszlak—⁽⁵⁾ el culto a la apertura parece haberse instalado en el discurso político, reivindicando el derecho ciudadano a la información sobre los asuntos públicos, paso ineludible en el tránsito hacia una democracia deliberativa.

Lo antedicho, requiere una firme decisión política, tanto de los gobiernos comprometidos con valores de transparencia, participación y colaboración de la ciudadanía, como de las propias organizaciones sociales, que deben imaginar e implementar mecanismos que promuevan el interés de los ciudadanos por un mayor involucramiento en la gestión y vigilancia de los asuntos públicos.

En ese orden de ideas, en el marco de la consolidación de esta modalidad de apertura del estado, resulta de suma importancia, el modo en el cual el ciudadano puede vincularse con la información en manos de quienes con su obrar —directo o indirecto— inciden en los asuntos que componen el bien común estatal. Así es que cuanto mayor y mejor información se obtenga, más amplio será el conocimiento de los ciudadanos para ejercer todos sus derechos, desde expresarnos libremente, elegir a nuestros representantes, acceder igualitariamente a la educación y a la salud, como usuarios o consumidores, en el ejercicio de la libertad de prensa, hasta gozar de un ambiente adecuado⁽⁶⁾.

III. Origen y tésis del Derecho de Acceso a la Información Pública

Suele atribuirse como denominador común, que los gobiernos operen en el secretismo y la opacidad, aislando a los ciudadanos de la información que les permite ser protagonistas en el manejo de los asuntos públicos. Cuando la información en poder del Estado no es accesible, es difícil de obtener, o es secreta, oscura o imprecisa, el ciudadano pierde mucho más que la posibilidad de conocer un dato en particular: su vulnerabilidad se acrecienta.

Juan Bautista Alberdi, en una de sus obras fundacionales del Estado Federal Argentino, nos alertó acerca de la importancia de la publicidad para evitar que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio, enfatizando certeramente que “La publicidad es la garantía de las garantías”⁽⁷⁾.

En esa línea, el cientista Italiano Norberto Bobbio⁽⁸⁾ considera que la democracia es idealmente el gobierno de un poder visible, cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública, por ello afirmaba que la opacidad del poder es la negación de la democracia.

El acceso a la información es una de las muchas formas del derecho que un Estado democrático le reconoce sólo a los ciudadanos —sea que los considere singularmente o en conjunto como “pueblo”— de vigilar a los vigilantes.

La información “empodera”, con información no solo adquirimos conocimientos: podemos formarnos una opinión, tomar decisiones genuinamente, y también ejercer con mayor responsabilidad nuestros deberes. La importancia de la

información fue definida de manera contundente por el recordado Carlos S. Fayt⁽⁹⁾, al sostener que aquella le permite al administrado organizar su vida y sus conductas y mantener relaciones de convivencia con los demás ciudadanos.

La información que está en manos del Estado es propiedad de los ciudadanos, razón por la cual, el acceso a la información pública no es una concesión graciosa del Estado sino un derecho humano fundamental. Y no solo un derecho individual, ya que, como se vislumbra, se encuentra asociado al interés público, por ser precondition de la democracia, del debate abierto de ideas y del control del gobierno.

Por ser precisamente, un derecho esencial para la formación de una opinión pública robusta es que el derecho de acceder a la información pública tiene un valor esencial que el Estado tiene el deber de proteger. Y, si es un derecho al que se dota de especial protección —nacional e internacional—, no es por los sujetos titulares, sino precisamente por la función que su ejercicio tiene en el sistema político⁽¹⁰⁾.

En su faz colectiva, el acceso a la información pública permite un diálogo entre la ciudadanía y sus gobernantes, cultivando la buena gobernanza y fomentando un clima político de apertura, transparencia y participación, todo ello base de una democracia legítima. Sólo una ciudadanía que está bien informada puede contribuir de forma efectiva al proceso de toma de decisiones que afectan su futuro⁽¹¹⁾.

La ciudadanía en la sociedad de la información está asumiendo que tiene el derecho a que el Estado le brinde información. Investigadores, periodistas, historiadores, activistas de derechos humanos, empresarios, o cualquier persona que quiera saber sobre cualquier tema de su interés puede pedir información al Estado y este está obligado a proporcionarla. En tal sentido, el “Derecho de Acceso a la Información Pública” (DAIP) se erige así en una herramienta que facilita la participación, activa e informada sobre el diseño de políticas, planes y medidas públicas que afectan directamente a la población. Sin la posibilidad de recibir información, que se encuentra en poder del Estado, los beneficios políticos que se derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente⁽¹²⁾.

De tal modo, la participación es central para tomar decisiones sólidas y justas en términos del desarrollo⁽¹³⁾. Asimismo, cobra cada vez más importancia una novedosa dimensión del derecho de acceso a la información en poder del Estado, que es la que se relaciona con la obligación positiva y sustantiva de los Estados, de asegurar que ciertas categorías clave de información estén disponibles para su ciudadanía: las relativas tanto a la observancia⁽¹⁴⁾, como a las violaciones de los derechos humanos y las referidas a amenazas para el ambiente⁽¹⁵⁾.

De momento, podemos afirmar que el DAIP es un derecho humano fundamental, de carácter universal y de sustantiva importancia como herramienta de participación necesaria para el ejercicio de una ciudadanía plena en toda sociedad democrática. Forma parte de los derechos innatos, imprescindibles e irrenunciables del ser humano, que deben ejercerse en condiciones de igualdad, y de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados⁽¹⁶⁾.

Mediante este, se asegura el acceso a los documentos y archivos en manos del Estado, en pos de garantizar el derecho de las personas a mejorar su calidad de vida y favorecer la toma de decisiones. El DAIP constituye, entonces, un atributo natural de la condición de ciudadano, puesto que deriva del principio de soberanía popular y de la forma republicana de gobierno, que supone la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia en la gestión pública.

El DAIP se convierte en el epicentro de la progresiva evolución de un conjunto de derechos y libertades esenciales del sistema democrático, como lo es la libertad de expresión, opinión y pensamiento, la libertad de imprenta y de prensa, el derecho a la información y el derecho a la comunicación. Este derecho tiene un impacto claramente positivo en al menos tres diferentes esferas de acción social: la política, la económica y la administración pública⁽¹⁷⁾. La primera remite a la participación ciudadana en las actividades gubernamentales, como ser en el diseño de las políticas públicas. La segunda refiere a la salud del mercado, en tanto dependiente de un flujo continuo y confiable de información. En la tercera se hace hincapié en la transparencia para mejorar el proceso de toma de decisiones, la legitimidad y la confianza en los gobernantes.

En relación con cuál es la información a la que es posible acceder, Abramovich y Courtis⁽¹⁸⁾ distinguen varios niveles: 1. El caso más frecuente es el de acceso al dato procesado, en forma de estadística, de indicador, o cualquiera otra. En este caso, la Administración provee a un particular la información que esta procesó, y que, hasta el momento, empleaba con fines internos. 2. Un segundo nivel es el acceso al dato bruto, es decir, al registrado por la Administración, pero aún no procesado. De este modo el Estado se libera de hacerlo, en la medida que resultaría excesivo cargarle la obligación de procesar datos de manera de responder a una inmensa variedad temática, sobre todo, en materia de investigación científica. 3. Un tercer nivel está referido a la información ya no sobre los datos, sino sobre el circuito de circulación de los datos dentro de la Administración, puesto que muchas veces resulta difícil para los particulares ejercer su derecho por ignorancia de cuál es la reparación a la que requerir. Por ello cada una debe fijar un organismo receptor de las solicitudes. 4. Por último, es posible ejercer el derecho de exigir la producción de información al Estado.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Docente Investigador Programa de Incentivos —Categoría V— Secretaria de Políticas Universitarias. Director del Observatorio de Asuntos Federales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

(1) ROSANVALLON, Pierre, “La contra democracia. La política en la era de la desconfianza,” Ed. Manantial, Buenos Aires, 2015, ps. 53 y ss.

(2) HERNÁNDEZ BONIVENTO, José, “La forma y la esencia: efectos de las leyes de transparencia, acceso a la información y participación ciudadana en la gobernanza democrática local en Chile”, Centro de Estudios en Gestión y Política Pública, *Revista de Gestión Pública*, 2, vol. VII, Chile, julio-diciembre 2018, ps. 143-169.

(3) OSZLAK, Oscar, “Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública”, *Colección de documentos de trabajo sobre e-Gobierno*, 5, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe - Red GEALC, septiembre de 2013. El autor concluye que “La información constituye un insumo crítico en la implementación participativa de políticas, propia del gobierno abierto. En principio, una experiencia exitosa depende centralmente de que se haya

determinado a tiempo cuán claros son los resultados y las metas a lograr por las partes y cuál es el conocimiento disponible acerca del problema y sus posibles soluciones”.

(4) Aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Bogotá, Colombia, 7 y 08/07/2016.

(5) OSZLAK Oscar, ob. cit.

(6) MARTÍN, Mateo R., “Tratado de Derecho Ambiental”, Ed. Trivium, Madrid, t. I, p. 122.

(7) ALBERDI, Juan Bautista, “Derecho Público Provincial Argentino”, Ed. Talleres Gráficos Argentinos de J. L. Rosso, Buenos Aires, 1928, p. 105.

(8) BOBBIO, Norberto, “Democracia y secreto”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

(9) FAYT, Carlos S., “La omnipotencia de la prensa”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

(10) BASTERRA, Marcela I., “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires.

(11) MENDEL, Toby, “El Derecho a la Información en América Latina”, UNESCO, Quito.

(12) NINO, Ezequiel, “El derecho a recibir información pública —y su creciente trascendencia— como derecho individual y de incidencia colectiva” en GAR-

GARELLA, Roberto (coord.), “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 797-817.

(13) Así lo ha entendido precisamente el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo al señalar tres beneficios clave de la participación democrática: ser en sí mismo un derecho humano fundamental del que todos deben disfrutar; proteger contra catástrofes; y poder desencadenar un ciclo positivo de desarrollo. Y como el acceso a la información sostiene una participación eficaz, también contribuye a estos resultados. Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la Democracia en un Mundo Fragmentado, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, New York, 2002.

(14) CEBALLOS, Maximiliano A., “El derecho de acceso a la información pública como precondition de eficacia de los derechos humanos. La influencia sobre los derechos civiles, políticos, sociales, y procesal”, *El Derecho Constitucional* 2015-416.

(15) Al respecto ver: FUENTES, Carlos G. F. — CENI-CACELAYA, María de las Nieves, “El acceso a la información pública como derecho humano instrumental para la tutela del ambiente”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de*

La Plata, 49, año 2019, ps. 171-194; Disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/6845/8195>.

(16) NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos, en Estudios básicos de derechos humanos” Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, ps. 1-6.

(17) ACKERMAN, John — SANDOVAL, Irma, “Leyes de acceso a la información en el mundo”, *Cuadernos de Transparencia, Instituto Federal de Acceso a la Información, Cuaderno*, 07, México, 2005, p. 18. En este trabajo los autores efectúan una cita de la Corte Suprema de la India en relación con que “Cuando una sociedad haya decidido aceptar a la democracia como su fe fundamental, es elemental que sus ciudadanos conozcan lo que su gobierno está haciendo (...) Ningún gobierno democrático puede sobrevivir sin rendición de cuentas y el postulado básico de la rendición de cuentas es que el pueblo cuente con información acerca del funcionamiento del gobierno. Únicamente si el pueblo sabe la forma en que su gobierno funciona es que el primero estará cumpliendo con el papel que la democracia le asigna y hacer de esta democracia realmente efectiva y participativa”.

(18) ABRAMOVICH, Víctor — COURTIS, Christian,

Como ya referimos, este es un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación del sistema democrático, puesto que, en el sentido más básico, una genuina democracia depende de la posibilidad de los ciudadanos de acceder a la información que necesitan para ser auténticos artífices de las decisiones individuales y colectivas. Y el derecho a la información, es una herramienta que permite el diálogo entre los ciudadanos y los gobernantes, cultiva la buena gobernanza y promueve la rendición de cuentas al empoderar a la sociedad civil con la información que esta requiere para luchar contra la corrupción y actuar como vigilante contra los abusos de las autoridades.

Por otra parte, el acceso a la información tiene una función instrumental esencial, pues solamente a través de una adecuada implementación de este derecho, las personas pueden saber con exactitud cuáles son sus derechos y qué mecanismos existen para protegerlos.

En efecto, el DAIP en su progresiva evolución; ya sea en su carácter de bien público o colectivo —con carácter instrumental— es una herramienta de concreción de otros derechos, valores o principios. En este sentido, muy tempranamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y no obstante la vaga letra de la Convención Americana sostuvo que quienes están bajo la protección del mencionado instrumento hemisférico tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (19).

IV. El Acceso a la Información Pública en el Derecho Internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en 1948, y considerada la piedra angular de todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos, en su art. 19, reconoce que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 consagra en su art. 19.2: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Estos instrumentos internacionales —como ya hemos expresado— no contemplaron específicamente un “derecho a la información”, y sus previsiones generales de libertad de expresión no fueron entendidas, al momento de su adopción, en el sentido de incluir el derecho de acceder a la información que está en manos de entidades estatales. Sin embargo, tal como ha sostenido reiteradamente la Corte IDH —y su par europea— los tratados de derechos humanos son instrumentos que deben interpretarse evolutivamente, conforme a las condiciones de vida de la época. Así, más allá de las palabras utilizadas, actualmente se entiende que estas normas incluyen el derecho a la información en el sentido del derecho a solicitar y recibir la información que está en manos del Estado.

En el ámbito interamericano, el art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene una cláusula más garantista aun que los instrumentos de la ONU. En efecto, allí se consigna: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Es que la interdependencia entre el derecho a la información y la libertad de expresión es evidente.

La censura viola no sólo el derecho individual a expresarse, sino también el derecho de cada persona a estar bien informada; y sin la posibilidad de recibir información que se encuentra en poder del Estado, los beneficios políticos que se derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente. Por ello es por lo que en el derecho internacional de los derechos humanos siempre aparecen tan íntimamente vinculados.

Así, en 1985, la Corte IDH, interpretando el citado art. 13, CADH, hizo referencia a la naturaleza doble del derecho a la libertad de expresión, que protege tanto el derecho a impartir, como el de buscar y recibir, información e ideas, advirtiendo que esta norma “(...) establece que las personas a quienes sea aplicable la Convención no solo tienen el derecho y la libertad de expresar sus propios pensamientos sino además, el derecho y la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de toda clase (...) [La libertad de expresión] requiere, por un lado, que nadie sea limitado ni impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En tal sentido, es un derecho que corresponde a cada individuo. Su segundo aspecto, por otro lado, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información en absoluto y de tener acceso a los pensamientos expresados por otras personas”. También declaró que “Para el ciudadano normal, es tan importante conocer las opiniones de los demás o tener acceso a la información en general como su derecho de impartir su propia opinión”, concluyendo que “una sociedad que no esté bien informada es una sociedad que no está verdaderamente libre” (20). Y aunque este tribunal no llegó, en aquel entonces, a reconocer explícitamente el derecho de acceder a la información que está en manos del Estado, sí estableció un sólido fundamento para dicho reconocimiento posterior.

Dos décadas más adelante en una decisión pionera (21), ratificó que la garantía general de libertad de expresión en el referido art. 13 implica, para los individuos, recibir dicha información, y para los Estados, la obligación positiva de proporcionarla en tal forma que la persona pueda tener acceso para conocer la información o recibir una respuesta motivada cuando, por alguna razón reconocida por la propia Convención, el Estado limite el acceso en un caso particular.

Además, dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción, la que, para ser admisible, deberá estar previamente fijada por ley, responder a un objetivo previsto en la Convención —asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas—, ser necesaria en una sociedad democrática, y ser

proporcional al interés que la justifica y conducente para alcanzar el logro de ese objetivo legítimo, como también interferir en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

Como corolario de lo expuesto en este segmento, delinearemos cuales son los estándares interamericanos sobre acceso a la información pública (22).

En efecto, de la normativa y la jurisprudencia del sistema interamericano surgen inequívocamente ciertos estándares que precisan el alcance y contenido del derecho de acceso a la información pública. A saber (23):

— La legitimación activa debe ser amplia; esto es, cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, tiene la facultad de pedir información al Estado sin tener que demostrar un interés particular o una afectación concreta.

— El Estado tiene la obligación de suministrar la información solicitada, salvo cuando los datos pedidos estuvieren reservados o exceptuados en función de criterios previamente determinados taxativamente por la ley, que deben ser, además, legítimos y estrictamente necesarios en una sociedad democrática. Y cuando el Estado no cuente con la información requerida, el organismo receptor de la petición deberá responder manifestando las razones por las cuales no cuenta con esa información.

— Debe partirse, además, del principio de máxima publicidad, de tal manera que cualquier información en manos de las instituciones públicas debe ser completa, oportuna y accesible. Así, el principio es la publicidad y el secreto la excepción.

— El obligado a otorgar información es el Estado en su conjunto —órganos Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Ministerio Público—, la administración pública centralizada y descentralizada, empresas y sociedades del Estado o con participación estatal mayoritaria, órganos autárquicos, entes reguladores y entes públicos no estatales, en todos los niveles (nacional, provincial, municipal).

— Los plazos para que la Administración de respuesta a los requerimientos de las personas solicitantes deben ser breves, en virtud del principio de oportunidad en la entrega de la información.

— El acceso a la información pública debe ser gratuito; aunque cuando exista la necesidad de reproducir documentos o información contenida en diferentes instrumentos de almacenamiento, los costos de dicha reproducción, en principio, deberán ser asumidos por solicitante.

— Es imprescindible que en caso de falta de respuesta en el plazo estipulado o ante una respuesta parcial o ambigua, se garantice la posibilidad de reclamar la protección del derecho ante la justicia.

— Es imperioso también el establecimiento de un órgano autónomo especializado que supervise el cumplimiento de la normativa involucrada y que resuelva las controversias que surjan entre el solicitante y el Estado, y ante el cual se pueda acceder de manera fácil, efectiva, expedita, no onerosa o de bajo costo, para no desalentar los pedidos de información y que permita controvertir las decisiones de los funcionarios públicos que niegan el derecho de acceso u omiten dar respuesta a una solicitud.

— Por otra parte, los Estados deben tomar medidas más estructurales, tales como: diseñar un plan de implementación del acceso a la información pública con el consiguiente presupuesto; adoptar normas, políticas y prácticas que permitan conservar y administrar adecuadamente la información; derogar normas y eliminar prácticas contrarias a un acceso amplio y sin escollos a la información pública; entrenar y capacitar a los funcionarios públicos destinados a satisfacer el derecho de acceso a la información pública; realizar campañas sistemáticas para divulgar entre el público en general la existencia y los modos de ejercicio del derecho de acceso a la información.

V. El Derecho de Acceso a la Información Pública en Argentina. Evolución

Luego de reiterados y frustrados intentos se sancionó la ley nacional 27.275 (24) de aseguramiento del derecho de acceso a la información pública. Como bien señala Gelli (25) la República Argentina, sin esa ley, quedaba al margen de la mayoría de los países que ya la habían adoptado (26), destacando que esa morosidad en un punto resultó beneficiosa, puesto que a más del dictado del dec. 1173/2003 del PEN, las demandas de las organizaciones sociales, la doctrina acerca de la operatividad del derecho de acceso a la información pública, la jurisprudencia internacional y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CS) fueron delineando el alcance de esa facultad ciudadana, la amplitud de la legitimación, los deberes de los poderes públicos ante esos requerimientos, los principios que rigen en la materia y el debate acerca de la ríspida cuestión acerca de qué debe de considerarse información pública.

V.1. Evolución a través de los precedentes de la Corte Suprema

La CS dictó diversas sentencias que fueron convalidando la vigencia y operatividad del DAIP. En ellas, reconoció los principios que rigen ese derecho y estableció las reglas acerca de las características del obligado a rendir la información, aunque en términos estrictos no sea un ente estatal; la calidad del dato personal que no se convierte en “sensible por el contexto” y sobre la amplísima legitimación activa reconocida a “cualquier integrante de la comunidad”.

En “Asociación por los Derechos Civiles c. PAMI” (27), la actora solicitó información al PAMI acerca del presupuesto destinado por el organismo a publicidad oficial y sobre la distribución efectuada de esa publicidad. La demandada rechazó la solicitud alegando que no le resultaba aplicable el dec. 1173/2003 —norma que reglamentaba el acceso a documentos del Estado—, pues el ente requerido no constituía una institución estatal. Sin perjuicio que la defensa esgrimida resultaba irrazonable, la CS desestimó el argumento al afirmar que, no obstante no tener “naturaleza estatal”, el PAMI, “dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados” debe de brindar esa información en el marco de una sociedad democrática, pues se trata de una institución que “gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado, siendo indiscutible la interrelación entre el ente demandado y la administración estatal” (28). Como se advierte, la regla establecida por el Máximo Tribunal consideró que en el caso se trataba de “información”, ya que reunía dos requisitos concurrentes: a) se trataba de datos de interés público y b) el ente —sin ser estatal— ejercía una función delegada por el Estado.

“El acceso a la información como derecho” en *Anuario de Derecho a la Comunicación*, año 1, vol. 1, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2000.

(19) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 “La Colección Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”, consid. 70.

(20) Corte IDH, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párrs. 30, 32 y 70.

(21) Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile.

Fondo, Reparaciones y Costas” 19/09/2006, Cita Online: AR/JUR/15354/2006.

(22) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano”, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA - CIDH, Washington, 2010.

(23) Dichos principios surgen del informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “El derecho de acceso a la información pública en las

Américas: entidades especializadas para la supervisión y el cumplimiento”, Informe temático contenido en el Informe Anual 2014 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA - CIDH, Washington, 2015.

(24) Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina del 29/09/2016, nro. 33472.

(25) GELLI, María Angélica, “Ley de acceso a la infor-

mación pública, los principios, los sujetos obligados y las excepciones”, LA LEY, 2016-E, 1040.

(26) Con la sanción de la ley, Argentina se suma al grupo de más de 100 países donde el DAIP tiene respaldo legal o constitucional. Solo Cuba y Haití no disponen aún de una norma semejante en América latina.

(27) CS, Fallos 335:2393.

(28) “Asociación por los Derechos Civiles c. EN - PAMI (dec. 1173/2003) s/ amparo”, C.S. A. 917. XLVI (2012), Cita

En otro precedente el “CIPPEC” (29) requirió en 2008, al Ministerio de Seguridad Social, los datos referidos a: a) los beneficiarios, los intermediarios y los distribuidores de planes sociales; b) la aplicación y ejecución de esos planes sociales según el presupuesto; y, c) el alcance territorial del programa. La negativa del Estado para informar fue evasiva e inconsistente, pues alegó el derecho a la privacidad de los beneficiarios, garantizados en la Ley de Hábeas Data; la protección de datos personales, presuntamente sensibles por el contexto y, por ello, susceptibles de generar estigmatización y discriminación. En esa línea, la CS rechazó el argumento al advertir que la Administración no obraba de buena fe, porque: a) las personas jurídicas —organizaciones sociales que distribuyen los planes— no tienen datos sensibles referidos a la privacidad; b) olvidaba el deber del Estado de “transparencia y máxima divulgación”; la negativa estatal asumía cierta forma de “paternalismo”; lejos de estigmatizar, el control social de la eficacia, eficiencia y razonabilidad contribuye a valorar la equidad de los planes sociales. Tal como lo señaló el Tribunal, el límite para quienes tratan datos personales no rige cuando existe un interés legítimo, enfatizando que cuando la información sirve para advertir la funcionalidad o la disfuncionalidad de la política social y contribuye a develar, examinar y evaluar el programa, sin clausurar el debate, para corregir las falencias, si las hubiera. Ponderando esos intereses, prevalece el de máxima divulgación y la publicidad debe de atravesar todas las etapas del obrar del Estado para prevenir la impunidad. El voto concurrente del Dr. Petracchi ilustra —de manera erudita— la trascendencia y el valor de la información pública, indicando que “La transparencia, no la opacidad beneficia a los vulnerables. Ayudarlos no es ignominioso, la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos. Fondos que, parece innecesario aclarar, no son del Ministerio sino de la sociedad toda” (30).

En el precedente “Giustiniani” (31) el actor requirió copia íntegra del acuerdo de proyecto de inversión que (YPF, SA) había suscripto con *Chevron Corporation* para la explotación conjunta de hidrocarburos. La CS al reconocer el derecho del requirente remarcó que: a) el Poder Ejecutivo Nacional tiene autoridad para gobernar YPF, entre otras razones porque el gerente general de la compañía fue designado por la Presidenta de la Nación; habiéndose reglamentado en un decreto que dicho ente integraba el Sector Público Nacional, lo cual no impedía que la compañía fuera regulada por normas de derecho privado, “a fin de dotar de flexibilidad y rapidez la gestión y operatoria”; b) aunque ello no fuera así, la ley nacional 26.741 —que declara de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF—, también consideró de “interés público nacional” el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos como objetivo prioritario de la República Argentina, y, c) en consecuencia de ello, “la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática y de acuerdo con la jurisprudencia reservada, negar información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión”. En este precedente, la CS admitió de modo expreso que el derecho de acceso a la información pública, de interés público o bajo control del Estado, no es absoluto. Sin embargo, mantuvo una regla razonable al respecto, a fin de “no tornar ilusorio el principio de máxima divulgación imperante en la materia”, al ponderar que los sujetos obligados a emitir la información solo pueden recha-

zar el requerimiento “si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por los cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido”.

En el precedente “Garrido” (32) en su calidad de diputado y ciudadano, entabló una acción con la finalidad de obtener información sobre el nombramiento de un agente de la AFIP y el estado del sumario administrativo que se le había realizado a dicho agente por presunto contrabando. La CS, en similar dirección que en “CIPPEC”, sostuvo que en la materia de derecho de acceso a la información pública la legitimación es amplia, basta con ser “integrante de la comunidad”. Dicho de otra manera, toda persona, todo habitante, tiene ese derecho. Es la consagración de la acción popular en la materia.

Más recientemente en “Savoia” (33), del 7 de marzo del año 2019, la CS si bien reitera argumentos que ya había fijado en casos anteriores en relación con la legitimación para presentar solicitudes de acceso (“CIPPEC” y “Garrido”), resulta destacable la autoridad institucional de esta sentencia, toda vez que implica un nuevo precedente en que el Máximo Tribunal, se posiciona como garante máximo de los derechos constitucionales, receptando los máximos estándares desarrollados por el derecho internacional, resolviendo la obligación del Poder Ejecutivo en la exhibición de diversos decretos nacionales firmados durante el gobierno de facto entre los años 1976 y 1983.

En efecto, la exhibición de los documentos requeridos por la actora había sido negada por la Secretaría Legal y Técnica de la Nación, al considerar que dicha información revestía el carácter de “secreta” y “reservada”, motivo por el cual a su entender no serían de público acceso. Para fundar la denegación, argumentó que el dec. 1172/2003 autorizaba al sujeto obligado a exceptuarse de proveer la información requerida cuando se trate de documentación expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior.

La CS, teniendo en consideración los parámetros establecidos por la ley nacional 27.275 de Acceso a la Información Pública, entendió que la conducta estatal resultaba ilegítima al violar los derechos constitucionales invocados por el demandante. Para fundamentar el pronunciamiento el Máximo Tribunal reconoció que esta prerrogativa constitucional se rige por el principio de máxima divulgación, en virtud del cual se establece la presunción de que toda la información es accesible, y que los supuestos que habilitan a denegar el conocimiento de estas fuentes son de carácter restringido; concluyendo que la denegación de la información solicitada debe hacerse mediante una decisión escrita, debidamente fundamentada, que permita al interesado conocer los motivos y normas en los que se basó el rechazo. En el caso en particular, consideró que la Secretaría Legal y Técnica no cumplió con esas exigencias, dado que se limitó a mencionar el carácter secreto y reservado de los decretos, sin brindar la justificación exigida por los parámetros internacionales, ni tampoco indicar las normas sostenidas por el Poder Ejecutivo nacional para clasificar como secreta a la normativa.

Resulta importante extraer como regla explícita que, en relación con la legitimación del actor, la CS consideró que el derecho de exigir al Estado la exhibición de los documentos corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención

o afectación personal, reafirmando la doctrina del precedente “ADC c. PAMI”, en relación con “el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes funcionarios públicos se desempeñan (...). La información pertenece a las personas, no es propiedad del Estado, el acceso ella no se debe a una gracia o favor del Gobierno. Este tiene la información sólo en cuanto representante de los individuos. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas” (34).

V.2. Consagración normativa del DAIP

En los fundamentos del proyecto elevado por el Poder Ejecutivo Nacional, se califica al DAIP como una herramienta fundamental de lucha contra la corrupción y de control ciudadano sobre el poder público. En igual línea se delineó el proyecto en el marco de un gobierno abierto, transparente y participativo. Esta Ley de Acceso a la Información Pública, recoge no solo los estándares emergentes del Derecho Internacional y de los Instrumentos de Derechos Humanos que complementan nuestra constitución, sino que a su vez recepta los tópicos que la CS forjó en sus precedentes este estratégico derecho (35).

Con la sanción de esta se logra reglamentar el procedimiento para que todo ciudadano pueda acceder a la información pública en poder de entes estatales, o que de algún modo ejerzan la función administrativa.

V.2.a. Principios sobre los que se construye el DAIP

El Congreso de la Nación mantuvo el triple objetivo propuesto por el Ejecutivo Nacional: garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública; promover la participación ciudadana (art. 1º). Al respecto, vale precisar que la ley se propone facilitar, por todos los medios posibles, el conocimiento y la comprensión de los datos públicos.

A los fines de dotar operatividad a la ley, se establecen un decálogo de principios, a la luz de los cuales se debe interpretar el DAIP, de los que se vislumbra el empoderamiento real e incondicionado de la ciudadanía y el amplio abanico de cuestiones que quedan comprendidas en el término “información pública”; esos principios son:

— Presunción de publicidad: toda la información en poder del Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas.

— Transparencia y máxima divulgación: toda la información en poder, custodia o bajo control del sujeto obligado debe ser accesible para todas las personas.

— Informalismo: las reglas de procedimiento para acceder a la información deben facilitar el ejercicio del derecho y su inobservancia no podrá constituir un obstáculo para ello.

— 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.

— Disociación: en aquel caso en el que 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.

— No discriminación: se debe entregar información a todas las personas que lo soliciten, sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.

— Máxima premura: la información debe ser publicada con la máxima celeridad y en tiempos compatibles con la preservación de su valor.

— Gratuidad: el acceso a la información debe ser gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

— Control: Las resoluciones que denieguen solicitudes de acceso a la información, como el silencio del sujeto obligado requerido, la ambigüedad o la inexactitud de su respuesta, podrán ser recurridas ante el órgano competente.

— Responsabilidad: el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone originará responsabilidades y dará lugar a las sanciones que correspondan.

— Alcance limitado de las excepciones: los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, 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.

— Facilitación: ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento obra, o no, en su poder o negar la divulgación de un documento de conformidad con las excepciones contenidas en la presente ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público de obtener la información.

— Buena fe: para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos.

Asimismo, la ley (art. 2º) establece que se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley.

En cuanto al importante tema de la legitimación para solicitar el acceso a la información pública, la norma en comentario, estipula en el art. 4º que 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, ello se acompaña con lo resuelto por la CS, en el precedente “Garrido” (36), al definir que en materia de derecho de acceso a la información pública la legitimación es amplia, basta con ser “integrante de la comunidad”.

A los efectos de favorecer la máxima divulgación, la información debe ser brindada en el es-

Online: AR/JUR/62133/2012. Consids. 7º, 12 y 13 del voto de la mayoría.

(29) CS, Fallos 337:256, “CIPPEC c. EN - Ministerio de Desarrollo Social - dec. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986/2014”, Cita Online: AR/JUR/2946/2014.

(30) Cfr. consid. 6º del voto concurrente de los jueces Petracchi y Argibay en “CIPPEC”.

(31) CS, Fallos 338:1258, “Giustiniani, Rubén H.

c. YPF SA s/ amparo por mora”, Cita Online: AR/JUR/44820/2015.

(32) CS, Fallos: 339:827, “Garrido, Carlos M. c. EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”, Cita Online: AR/JUR/37998/2016.

(33) CS, Fallos 342:208, “Savoia, Claudio M. c. EN - Secretaría Legal y Técnica (dec. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986”, Cita Online: AR/JUR/170/2019.

(34) Sobre este pronunciamiento ver: BASTERRA, Marcela I., “La Corte Suprema consolida los estándares de la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública”, LA LEY, 2019-B, 404. Aquí la autora realiza un análisis circunstanciado de las cuestiones relevantes del precedente en examen, con datos facticos precisos del trámite del proceso en sus diversas instancias.

(35) Además de los trabajos específicos ya citados

de Gelli, María A. y Basterra, Marcela I., se completa el análisis de esta ley 27.275 con el didáctico trabajo de VALLEFÍN, Carlos A. — LÓPEZ, José I., “Anotaciones a la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública: sinopsis y comparación con el régimen anterior”, SJA 31/01/2018, p. 156.

(36) CS, Fallos: 339:827 cit.

tado en el que se encuentre al momento de efectuarse la solicitud, no estando obligado el sujeto requerido a procesarla o clasificarla. El Estado tiene la obligación de entregarla en formatos digitales abiertos, salvo casos excepcionales.

El art. 7º determina el ámbito de aplicación de la ley, receptando un criterio amplio, al establecer como sujetos obligados a los llamados poderes del Estado y órganos extra poder obligados a proveer información: la Administración pública nacional, integrada por la administración central, los organismos descentralizados y las instituciones de la seguridad social; el Poder Legislativo y los órganos que funcionan en su ámbito; el Poder Judicial de la Nación; el Ministerio Público Fiscal; y el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura. Son también sujetos obligados las empresas y sociedad del Estado, las sociedades anónimas con participación mayoritaria del Estado y todas aquellas organizaciones empresariales con igual participación estatal, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. En cambio, si la participación estatal es minoritaria, están obligadas por la ley, pero solo en lo referido a esa participación. Asimismo, resultan obligados los concesionarios, permisionarios y licenciatarios de servicios públicos o concesionarios permisionarios de uso de dominio público, en la medida en que cumplan servicios públicos y en todo aquello que corresponda al ejercicio de la función administrativa delegada; y los contratistas, prestadores y prestatarios bajo cualquier otra forma o modalidad contractual están obligados por la ley tanto como los concesionarios, explotadores, administradores y operadores de juegos de azar, destreza y apuesta, debidamente autorizados por autoridad competente.

Todas las organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades o entidades privadas a las que se le hayan entregado fondos públicos, son sujetos obligados, en lo que se refiera a esos fondos. Los Colegios Profesionales con control de la matrícula están comprendidos entre las “personas jurídicas públicas no estatales, obligadas en lo referido a todo lo regulado por el derecho público”, así como en el caso en que reciban fondos públicos.

También las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación esté a cargo del Estado Nacional; los entes cooperadores con los que la administración pública nacional hubiera celebrado convenios que tuvieran como objeto la cooperación técnica o financiera con organismos estatales. El Banco Central de la República Argentina y los entes interjurisdiccionales en los que el Estado Nacional tenga participación o representación.

Como se puede advertir, la enumeración es amplia, pero, según se debe interpretar de los postulados de la ley, no taxativa. La participación estatal en otros supuestos no previstos en la ley, conforme al principio de presunción

de publicidad, obligará a brindar información, mas no sea acotada a la medida de su participación.

La ley establece las excepciones en las que podrán ampararse los sujetos obligados a entregar la información para no cumplir con el requerimiento. En consonancia con el fin tuitivo previsto en la en cuerpo normativo y los principios establecidos a ese respecto, lo destacable de este tópico es que dichas excepciones han de ponderarse con un criterio sumamente restrictivo producto de un razonable y motivado juicio de ponderación de la autoridad que lo invoque. Es decir, ante un requerimiento de información pública, la denegación de esta debe provenir de un acto administrativo razonable y debidamente fundado.

Las causales enumeradas como limitaciones a la obligación de informar surgen del art. 8º de la ley pueden provenir de otras disposiciones normativas; la reserva de información clasificada como confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior; las informaciones que pudieran poner el peligro el sistema financiero o bancario, el secreto industrial, comercial financiero, científico, o técnico con aptitud para poner en peligro la competitividad o los intereses del sujeto obligado. También se resguarda el secreto profesional y la información referida a datos personales que no pueda disociarse. La información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de las personas, la de carácter judicial vedada por otras leyes o compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales; la obtenida en investigaciones realizadas por los sujetos obligados que tuvieran el carácter de reservadas y cuya difusión pudiera frustrarlas.

La ley incorpora un tópico relevante denominado “Transparencia activa” (art. 32) mediante el cual se consagra que la información cuya publicación tiene carácter obligatorio, se dispone la aplicación del régimen más amplio de publicidad (art. 33) y se contemplan las excepciones (art. 34).

Atento que esta receta los más modernos criterios en torno a operativizar este derecho humano, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a las disposiciones de la referida ley (art. 36).

La propia ley establece que en caso de que se niegue la información requerida, sin observarse las reglas procedimentales allí fijadas, el control judicial del acto denegatorio es la vía pertinente. A dicho fin el legislador previó como vía específica la acción de amparo (37).

VI. El derecho a la información y a la comunicación en la Provincia de Buenos Aires

La reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires del año 1994 incorporó como un nuevo derecho individual, en el art. 12, inc. 4º

el derecho de a la información y a la comunicación (38).

La ley 11.488 —declarativa de la necesidad de reforma de la constitución— entre los temas habilitados para incorporar por el constituyente, previó en el art. 3º, inc. a) modificar el art. 10; y en el 4º, inc. 3º el “Reconocimiento de nuevos derechos para los habitantes de la Provincia”.

Para cumplir con dicho propósito, la H. Convención Constituyente, al momento de organizar su labor, creó la Comisión que denominó “Comisión de Declaraciones y Derechos Individuales” que presidió el Convencional Ferreyra, en la cual se analizaron más de sesenta proyectos y el 5 de septiembre de 1994 en la 10 Sesión de la Convención se debatieron sus conclusiones.

Para entender puntualmente cuál fue el espíritu del constituyente al incorporar este derecho a la información y a la comunicación, debemos analizar uno de los proyectos (39) presentados para su deliberación en comisión, el cual recepta —a nuestro entender— con mayor precisión los fundamentos específicos de este Derecho Humano. Este proponía la incorporación de diversos artículos al texto de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, referidos a:

— Todos los habitantes tienen derecho a expresarse, comunicarse e informarse en forma libre y veraz, sin censura ni licencia previa y sin distorsiones de ningún tipo. Este derecho comprende la libertad de buscar, difundir o recibir informaciones o ideas, por medio de cualquier procedimiento y no puede ser restringido por ley o disposición alguna.

— Se garantiza el libre acceso a las fuentes oficiales de información, salvo en asuntos vitales para la seguridad del Estado. En estos casos, el plazo de la reserva se fijará por ley. Tendrá lugar el amparo de información para proporcionar al demandante todo tipo de datos en poder del Estado o empresas que presten servicios públicos, cuando estos le fueran arbitrariamente denegados.

— La comunicación y la información constituyen un bien social. Los medios de comunicación social deben asegurar el pluralismo ideológico y el respeto a la diversidad de culturas, creencias u opiniones. Se prohíbe toda forma de monopolio u oligopolio de estos en el ámbito provincial. El Estado garantiza el acceso de todos los sectores de la población a los medios de comunicación social que se encuentren bajo su órbita debiendo resguardarse su carácter público.

— La actividad de los medios de comunicación social es de interés público y las instalaciones o establecimientos que a ellos pertenezcan no podrán ser en ningún caso confiscados, decomisados, clausurados, expropiados ni interrumpidos en su funcionamiento.

los funcionarios públicos, ps. 432 y ss.; proyecto C/76/94 incorporando como nuevo artículo sobre la competencia usuarios y consumidores, ps. 433 y ss.; proyecto c.85/94 garantizando la protección a consumidores y usuarios, ps. 454 y ss.; proyecto C/117/94 referido a Educación e instrucción pública que preveía que “Las entidades pertenecientes a la comunidad educativa tienen derecho al acceso a la información total, orgánica y periódica, de lo actuado por el sistema en los campos educativo y administrativo”, ps. 492 y ss.; proyecto C/120/94 sobre preservación del medio ambiente, ps. 498 y ss.; proyecto C/148/94, tít. XI Derecho a la información y participación comunitaria que preveía que “Los bonaerenses tienen derecho a una información veraz sobre el desarrollo social y la calidad de vida, estando obligadas todas las autoridades a proporcionarla...”, ps. 588 y ss.; proyecto C/164/94 incorporando garantías a los consumidores y usuarios la calidad de bienes y productos, ps. 627 y ss.; proyecto C/176/94 referido a formas de democracia, ps. 669 y ss.; proyecto C/177/94 referente a la inclusión de nuevos derechos en la sección primera, ps. 672 y ss.; proyecto C/197/94 incorporando nuevo derecho de los usuarios de servicios y consumidores del cual se observa que “En este sentido,

— Se garantiza a los periodistas el secreto profesional y el ejercicio de la cláusula de conciencia. No constituye delito o falta la publicación de denuncias. Críticas imputaciones u opiniones sobre funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos, salvo que se comprobara real malicia en la difusión de estas informaciones.

De los fundamentos que sustentaron la propuesta, —tomados del proyecto citado— surge que los Nuevos Derechos que la Convención reformadora debía incluir en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Ley de Necesidad de la reforma. art. 4º, inc. 3º), se encuentra el derecho social a la información, que abarca varios aspectos del proceso de comunicación social. Por un lado, el derecho a emitir información, garantizando la absoluta libertad para hacerlo, sin ningún tipo de censura previa. En este sentido, es que se intenta resguardar la actividad de los periodistas protagonistas del proceso informativo. Para ello se tiene en cuenta como principal antecedente, el fallo dictado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso “New York Times vs. Sullivan”, que se ha transformado en un hito en la lucha por la libertad de expresión. En este fallo —consideran los autores del proyecto— se reconoce que la libertad de prensa es un derecho privilegiado en una sociedad democrática, y que, además, es inherente a este tipo de sociedad un profundo debate sobre la cosa pública. “La otra faz del derecho a la información, es decir, el derecho de la comunidad a ser informada requiere un instrumento concreto, que haga efectiva esa formulación. En este sentido, y teniendo en cuenta que la libertad de expresión requiere previamente la posibilidad de acceder a la información. Se considera necesario consagrar el “amparo informativo”.

Vale destacar que del análisis del diario de sesiones de la H. Convención Constituyente provincial, surgen diversos proyectos (40) que aludieron, tanto al derecho a la información, como al derecho a la comunicación, aunque estas propuestas vinculaban ambos derechos con el ejercicio de otros derechos; razón por la cual, entendemos que el proyecto antes reseñado es el que nutrió de argumentos al constituyente para la consagración en el magno texto de este importante derecho.

El día 5 de septiembre de 1994 el plenario de H. Convención Constituyente debatió las conclusiones de la Comisión de Declaraciones y Derechos Individuales (41); allí el miembro informante —Diputado Convencional Ferreyra— destacó (42) que a sesenta años de la sanción de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, “tenemos la inmejorable oportunidad de incorporar a su texto el reconocimiento explícito de Derechos Humanos básicos y fundamentales” (...) “Dentro de los derechos existe también el derecho a la información y comunicación, que hemos debatido en el seno de la Comisión y llegado a la conclusión de que se trata de un derecho no previsto explícitamente en la Constitución. Decidimos que de-

(37) A los fines de ponderar las cuestiones de procedencia de esta acción específica ver VALLEFÍN, Carlos A., “La acción de amparo y el acceso a la información pública”, SJA 13/02/2019, p. 89.

(38) Otras constituciones Provinciales también receptan este derecho: Catamarca, Art. 11.— La libertad que antecede (pensamiento, expresión y prensa) comprende el libre acceso a las fuentes de información (...); Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Art. 12.— La Ciudad garantiza: (...) El derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información libremente (...) Art. 105.— Son deberes del Jefe de Gobierno: Arbitrar los medios idóneos para poner a disposición de la ciudadanía toda la información y documentación atinente a la gestión de gobierno de la Ciudad; San Juan, Art. 22.— Todos los habitantes de la Provincia, tienen derecho a (...) una información veraz (...) Art. 27.— Todos los habitantes tienen (...) el derecho al libre acceso a las fuentes de información, salvo en asuntos vitales para la seguridad del Estado. (...) La información en todos sus aspectos es considerada como de interés público; Santiago del Estero Art. 173.3. (...) Todo funcionario público está obligado a proveer la información que se le solicite; Tierra del Fuego

Art. 46.— (...) La ley garantiza el libre acceso a las fuentes públicas de información.

(39) Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, proyecto (C/72/94) La Plata, 16 de mayo de 1994 “Acerca del Derecho a la Información” presentado por los Convencionales: Sigal, Gatti, Fuster, Ramírez, Testa, Tabora, Drkos, Regalado, Viaggio, Bellotti, Cieza y Rodil, ps. 430.

(40) Al respecto ver del Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires: proyecto C/32/94 que preveía incorporar el “Derecho a la Información” asociado a la gestión y tutela del ambiente, ps. 344 y ss.; proyecto C/40/94 referido al ejercicio de los derechos gremiales previendo “Ejercer el Derecho a la Información con acceso a datos sobre la marcha de las empresas de la actividad representada con similares alcances que los otorgados a los accionistas de las sociedades anónimas”, ps. 369 y ss.; proyecto C/71/94 referido a Iniciativa popular, consulta popular y revocatoria de mandato, para los cuales se consideró vital acceder a la información ps. 426 y ss.; proyecto C/74/94 mediante el que se buscó que los habitantes tengan derecho a acceder a la información sobre el estado patrimonial de

tanto la educación como la información a los consumidores y usuarios actúan como presupuestos ineludibles para garantizar la efectividad de los derechos de aquellos. Portante se los incluye expresamente en el texto”, ps. 703 y ss.; en idéntico sentido proyecto C/240/94, ps. 773 y ss.; proyecto C/345/94, previendo la incorporación artículos sobre derechos personales, este estipulaba como nuevo derecho “A comunicarse, expresarse e informarse. La Información y la comunicación constituyen un bien social”, ps. 1031 y ss.; proyecto C/360/94 incorporando el Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado para el desarrollo individual, ps. 1058 y ss.; proyecto C/372/94 para la incorporación de artículos sobre libertad de prensa, ps. 1105 y ss.; proyecto C/380/94 preveía como nuevo derecho “A comunicarse, expresarse e informarse” y como un insumo vital para los partidos políticos acceder a la información pública (art. 67), ps. 1111 y ss.

(41) Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, Sesión 10, ps. 1544 y ss.

(42) Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, ps. 1549.

bía ser instituido como un derecho inenajenable más (*sic*). El derecho a la información se refiere, concretamente, a que toda persona sea debida y anticipadamente informada, en especial por los poderes públicos, en cuanto al cumplimiento de estas previsiones de la Constitución. Se trata de un derecho que surge de la Constitución Española de 1978 que adquirió reconocimiento gradual ascendente hasta el día de hoy. El derecho a la comunicación, por su parte, alude a la facultad que existe para toda persona de comunicarse con los demás. Es deber fundamental de toda sociedad democrática que sus componentes reciban información fidedigna acerca de su herencia, para que puedan ejercer el derecho constitucional de sus actos. La información y comunicación constituyen, pues, derechos elementales de toda persona y contribuyen necesariamente al sustento de la comunidad democrática, por lo que consideramos de trascendental importancia la inclusión de este artículo. Lo expuesto, señor presidente es el fruto del trabajo de nuestra Comisión, es el fruto del análisis de más de 60 proyectos, es el haberse consensuado la mayoría de estos puntos, es habernos puesto de acuerdo sobre los derechos, que ya entrando al siglo XXI son indiscutidos”.

Como se puede observar, en el pensamiento del constituyente provincial, existió el convencimiento que incorporar el derecho a la información y a la comunicación, implicaba la consagración de un derecho Humano fundamental para la deliberación en democracia y para el debido control republicano de los actos de gobierno que ejecuta el ciudadano, lo cual se enlaza con los principios rectores enunciados en los acápites precedentes.

VII. Una insuficiente reglamentación

En el año 2000, con el propósito de incorporar al ámbito provincial el derecho de acceso a los documentos públicos, el legislador provincial sancionó la ley 12.475. Con dicha ley, se pretendió resguardar tanto la publicidad de los actos de gobierno, como la efectiva vigencia de la seguridad jurídica e intentaba —de forma explícita— asegurar la subordinación de la actividad estatal a la Constitución. El proyecto también se sustentó en dos necesidades sociales igualmente relevantes: la reforma y modernización de las estructuras estatales y la exigencia de la transparencia de los actos públicos.

Como veremos, dicha ley, dista mucho de poder ser considerada una norma operativa del derecho a la información y a la comunicación consagrado en el art. 12, inc. 4º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el año 1994.

Sobre esta, debemos decir que estipula que toda persona “que tenga interés legítimo” goza del derecho de acceso a documentos administrativos (art. 1º). Asimismo (art. 5º) “La solicitud de acceso a los documentos debe ser fundada. Ella se presentará por escrito firmado en el que consten los datos identificatorios personales del solicitante y ante la dependencia oficial que ha conformado el documento o lo retiene en su poder”. Lo expuesto, coloca a la norma en franca colisión con los estándares internacionales de derechos humanos, antes referidos y a los últimos precedentes de la CS sobre el tópico.

En tanto, el dec. 2549/2004 intentó suplir las falencias de la ley 12.475, modificando los restrictivos criterios allí establecidos, enunciando a su vez, entre sus considerandos el compromiso con el sistema interamericano de derechos humanos. En este decreto, también se señala la necesidad de revisar los alcances de la ley 12.475, con el objetivo de garantizar de manera más amplia

el acceso a la información. A pesar de los loables propósitos que sustentan fáctica y jurídicamente el decreto analizado, el mismo solo viene a consagrar un Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos, mediante el cual toda persona física o jurídica tiene derecho de acceso a documentos administrativos de naturaleza pública correspondientes a organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo.

Es decir, en la Provincia de Buenos Aires, rigen de manera simultánea y contradictoria la ley 12.475 de acceso a documentos administrativos en la órbita del poder administrador y el dec. 2549/2004. El dato sobresaliente, es que ambos cuerpos normativos, no receptan, no solo el espíritu del constituyente provincial, sino que tampoco se adecuan a los estándares internacionales vigentes para el efectivo goce del DAIP (43).

La manera de resolver esta contradicción es efectuar una interpretación armónica de estos textos, poniéndolos en sintonía con la Constitución provincial, nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que expresamente receptan este derecho.

En este sentido, consideramos que el dec. 2549/2004, con un texto más acorde con los estándares interamericanos, debería ser tomado como mejor garantía disponible en la Provincia.

Además, y en virtud del art. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos —que impone derogar la normativa interna incompatible con ese instrumento internacional— la Provincia de Buenos Aires se encuentra obligada a modificar la ley 12.475.

De momento, si bien existen algunos proyectos con estado parlamentario en la Honorable Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, para reglamentar de manera razonable el DAIP (44), continúan rigiendo las normas antes mencionadas que no garantizan de manera plena y efectiva este.

Ante la falta de una razonable reglamentación que garantice al ciudadano el pleno y efectivo acceso a la información pública, oportuna veraz y adecuada, ello implica que, ante la negativa de entrega por parte de la administración, se tenga que acudir a un prolongado proceso judicial, que en algunos casos llega hasta la instancia de la Suprema Corte, como veremos en el acápite siguiente.

VIII. El DAIP en la doctrina legal de la Suprema Corte Bonaerense

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) ha consolidado, a través de su doctrina legal, el reconocimiento del DAIP, incorporando a dichos fines, los más modernos e innovadores principios emergentes del Derecho Internacional y los últimos precedentes de la CS sobre la materia.

Esta evolución ha tenido dos hitos bien pronunciados, de los que extractaremos los aspectos centrales.

En el primer pronunciamiento (45), la SCBA resolvió la acción de amparo promovida el 17/09/2007 por la Asociación por los Derechos Cíviles, donde esta había solicitado a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, información relacionada

con la cantidad de días de clases no dictadas, por ausencia de docentes, en determinadas escuelas públicas de Florencio Varela, Villa Matteone y Mariano Moreno. Ante dicho planteo, la autoridad administrativa no respondió la solicitud del interesado, fundando la negativa en que “los datos solicitados... se encuentran en la actualidad en proceso de relevamiento distrital y regional; por cuanto los fundamentos expuestos por esta ameritan que la evaluación se realice por ciclo lectivo completo, entendiéndose que este comprende el año 2007, atento la falta de especificación”; agregando que “los datos solicitados deben recabarse en forma individual en cada uno de los establecimientos seleccionados por la presentante, razón por la cual y sobre la base de la reciente finalización del ciclo lectivo, la requisitoria se encuentra en término administrativo de contestación tal requerimiento”.

Por mayoría, la SCBA, que se conformó con el voto del Ministro Soria (al cual adhirieron los restantes Kogan, de Lázzari e Hitters) resolvió que “La ley 12.475 reconoce el derecho de acceso a los documentos administrativos provenientes de los órganos del Estado provincial a quienes invoquen un interés legítimo, expresión esta que, lejos de interpretarse en modo limitativo, ha de ser armonizada con el contenido de los otros textos normativos, sobre todo aquellos de superior jerarquía, arriba aludidos, que determinan el alcance jurídico del derecho. Desde esta perspectiva, la ley citada establece un piso mínimo de protección y, por tanto, no obsta la mayor extensión con que las facultades informativas son reconocidas de acuerdo con otras fuentes normativas”. Ello explica la amplitud del dec. 2549/2004, que reglamentó la citada ley en el ámbito del Poder Ejecutivo, en cuanto confiere a toda persona el acceso a documentos administrativos de naturaleza pública “...sin necesidad de alegar fundamento o causa ni acreditar derecho o interés alguno”. Más aún, —enfatisa el pronunciamiento— el criterio rector, que mejor armoniza con el máximo rendimiento posible de los derechos y principios constitucionales implicados, es aquel conforme al cual la información generada o controlada por las autoridades estatales se presume pública y la carga de fundar una excepción a esta presunción recae sobre el ente gubernamental. La Corte local consideró de recibo el agravio de la recurrente cuando “afirma que la decisión del *a quo* pone en riesgo la operatividad del derecho de acceso a la información pues tiene como efecto directo convalidar un incumplimiento sine die del mandato constitucional a la entrega de la información pública que posee el Estado”. En esa línea argumental, se resolvió que “la ley 12.475 y el dec. 2549/2009 deben interpretarse en el contexto del amplio reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública”.

Para conformar este voto, se incorporan los más amplios estándares que hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo. Resulta sumamente loable el pronunciamiento que sentó bases precisas para dinamizar el DAIP en nuestra provincia. Hay un dato de análisis que resulta insoslayable; pues desde que el interesado efectuó la petición, hasta que el órgano jurisdiccional resolvió que resultaba arbitraria la negativa por parte de la administración a entregar la información solicitada, transcurrieron más de siete años, aunque ello no parece haber despertado mayores inquietudes en el poder administrador en cuanto a generar los insumos necesarios para garantizar de manera efectiva y razonable este derecho humano instrumental.

Otro de los casos resueltos por el Superior Tribunal provincial (46), del cual se puede ponderar la importancia de este derecho y su inci-

dencia en la diagramación de políticas públicas, versó sobre el planteo efectuado por un vecino del Municipio de Quilmes, que tuvo por objeto obtener información completa, adecuada, oportuna y veraz del destino aplicado a los montos recaudados por dicha comuna en concepto de “Contribución Especial para el Fondo de Inversión en Infraestructura e Intervenciones Urbanas”. En particular, solicitó el acceso a la siguiente información pública: 1) monto total de los ingresos percibidos por el municipio en concepto de la contribución especial antes mencionada, discriminado por período; 2) fecha de creación y puesta en funcionamiento del “Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas”; 3) la incidencia que la Contribución Especial para el Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas tiene en los ingresos totales de este (discriminada por períodos); 4) identificación de la totalidad de los proyectos, obras, contratos (locaciones, leasing, adquisiciones de bienes, insumos, contratación de personal, gastos fijos y variables, etc.) financiados por dicho fondo y; por último; 5) la individualización de la cuenta bancaria en la que se centraliza la operatoria del Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas y un resumen completo de los movimientos esta.

En la instancia de grado, la sentencia declaró abstracta la cuestión sometida a juzgamiento; puesto que en relación con el derecho invocado por el actor, el Tribunal interviniente manifestó que en un sistema republicano de gobierno todo ciudadano es titular del derecho de acceso a la información pública, aún en ausencia de normativa que expresamente lo reconozca, aunque consideró que la información suministrada por la Municipalidad demandada —con posterioridad a la promoción de la acción judicial y con anterioridad al dictado de la sentencia— ha satisfecho el derecho a la información pública que motivó la acción y habilitó la vía procesal del amparo.

Vale destacar que la información a la que alude el pronunciamiento de primera instancia, ponderó que del expediente municipal que adunó la comuna, con motivo de la acción interpuesta, brindó la información relativa a los montos recaudados en concepto de Contribución Especial para el Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas correspondiente a los períodos de enero a octubre del año 2011, e indicó que el referido Fondo fue creado por la Ordenanza municipal 11.603/2010; aunque no dio respuesta respecto de la información relativa a la incidencia que tiene la Contribución Especial en los ingresos totales del Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas; la identificación de la totalidad de los proyectos, obras y contratos financiados por Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas; y a la identificación y movimientos de la cuenta bancaria que centraliza la operatoria del Fondo. La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de La Plata rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmó, en cuanto fue materia de agravios, el pronunciamiento de primera instancia.

La SCBA, en este caso por unanimidad, resolvió reafirmando que el actor tiene legitimación suficiente para actuar, en virtud del criterio amplio que prevalece en la materia como consecuencia de la tendencia a la universalización en relación con la titularidad del derecho a la información pública; destacando que ello reside en la propia fisonomía del derecho, el cual se asienta en principios básicos del sistema constitucional y representativo, como es la publicidad de los

(43) La problemática referida a la defectuosa reglamentación del Derecho de Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires, fue abordada al integrar el equipo de investigadores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, en el marco del Proyecto de Investigación Orientado (PIO) CONICET - UNLP (2014-2016) “Las inundaciones en La Plata, Berisso y Ensenada: Análisis de riesgo, estrategias de intervención”. Hacia la construcción de un observatorio ambiental” —cap. 8 - Di-

rectora: Dra. Alicia Ronco— Codirectora: Arquitecta Isabel López. Informe Final disponible en: <http://omlp.sedici.unlp.edu.ar/dataset/informe-final>. En este se evidenció las enormes dificultades que tuvo la ciudadanía para acceder a la información pública en poder de la administración bonaerense, en el marco de la trágica y luctuosa inundación de la ciudad de La Plata del día 2 de abril de 2013. En efecto, las limitaciones no son solo normativas, sino también prácticas, vinculadas ellas con el desconocimiento que existe

en muchos organismos gubernamentales acerca de la importancia y vigencia de este derecho fundamental.

(44) Al respecto se observa de ellos que, en mayor o menor medida, proponen la adhesión a la ley nacional 27.275, lo cual sería una mejora sustancial sobre el punto. Al respecto se pueden ponderar los proyectos: D-62/18-19; D-1112/18-19; D-1866/18-19; D-2026/18-19; D-5176/18-19; D-407/19-20; D-105/19-20; E-18/2018-2019; E-135/2018-2019; todos con estado parlamentario en la H. Legislatura

de la Provincia de Buenos Aires.

(45) SCBA, causa A. 70.571, 29 de diciembre de 2014, “Asociación por los Derechos Cíviles c. Dirección General de Cultura y Educación. Amparo”, Cita Online: AR/JUR/75626/2014.

(46) SCBA, causa A. 72.274, 9 de marzo de 2016, “Albatero, Juan Aníbal c. Municipalidad de Quilmes. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Cita Online: AR/JUR/44085/2016.

actos, la transparencia en la gestión pública, la participación ciudadana y la posibilidad de ejercer el control del empleo de los fondos públicos, en el caso el destino que se le aplica a la “Contribución Especial” que recauda el municipio demandado. En tal sentido el máximo tribunal bonaerense ahondó en que la tendencia jurisprudencial en la materia, indica que para ejercer el derecho en cuestión el titular no debe acreditar un interés directo o una afectación personal, ni siquiera expresar los motivos por los cuales requiere la información, concluyendo que, desde el punto de vista instrumental, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública es, en algunos casos, un condicionante para el ejercicio pleno de otros derechos. Ello implica, la recepción de la doctrina del precedente “CIPECC” de la CS en sintonía con lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, culminando con la cita de la propia doctrina legal del tribunal en cuanto a que el derecho en cuestión evoluciona progresivamente (conf. doct. de la causa A. 70.571, “Asociación por los Derechos Civiles”).

En efecto, la SCBA al resolver el planteo del ciudadano que requirió información pública del municipio de Quilmes, sostuvo que, por regla general, toda persona ha de tener acceso a la información pública, destacando que el referido derecho está previsto en la Constitución nacional, en los tratados internacionales que revisten jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22, y expresamente en la Constitución provincial en su art. 12, inc. 4º.

En cuanto a las excepciones que justifican no entregar la información pública solicitada, la SCBA sostuvo que “En materia de información pública el acceso constituye la regla”. Las excepciones —su existencia o su extensión— son el corazón del derecho de acceso a la información y los supuestos previstos legalmente para justificar una negativa deben interpretarse de manera restrictiva. Se ha dicho que la negativa de suministrar información debería estar sujeta a un *test* tripartito: 1) la información debe relacionarse con un fin legítimo estipulado en la ley; 2) la divulgación debe amenazar con causar un perjuicio considerable a dicho objetivo y; 3) el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público de tener esa información. Para arribar a esta premisa se cita el precedente de la CS “Asociación Derechos Civiles c. Estado Nacional - PAMI consid. 7º”.

De este valioso pronunciamiento, también se extrae que, a los efectos del reconocimiento y pleno ejercicio del derecho de acceso a la información, no constituye impedimento alguno la inexistencia de una regulación local sobre la materia, en virtud de la fuente constitucional y convencional de la cual emerge el derecho.

Como se observa, la última doctrina legal de la SCBA reconoce el efectivo goce del DAIP, utilizando para ello los más novedosos pronunciamientos sobre el tópico, tanto nacionales como internacionales. A su vez, del cotejo de estas sentencias del Máximo Tribunal Bonaerense, extraemos como premisa trascendental —que los poderes políticos deben receptar de inmediato— que este derecho debe evolucionar progresivamente.

IX. Consideraciones finales

Transitamos un tiempo, en el que son cada vez mayores los reclamos de apertura, de transparencia en la gestión, de participación en la elaboración de políticas estatales, de rendición de cuentas y responsabilidad por el uso de los recursos públicos, de evaluación y control ciudadanos de los resultados gubernamentales.

Este proceso, es promovido por ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil, que luchan por incrementar los componentes participativos y deliberativos de la democracia y han venido abriendo paso una concepción que, bajo la denominación genérica de “gobierno abierto”, sienta las bases para un tránsito hacia una modalidad de gestión pública más transparente, participativa y colaborativa entre Estado y sociedad civil.

Frente a ello, consideramos que la evolución de la democracia moderna implica la obligación de los entes estatales —en todos sus niveles— de compartir la información obrante en sus registros, cuando esta sea de utilidad como insumo a los requerimientos de la sociedad.

En miras al desarrollo progresivo de esta modalidad aperturista, se requiere el compromiso estatal para generar las condiciones óptimas, para que la participación ciudadana y el estado comprendan que todo el ciclo de las políticas públicas puede beneficiarse con el aporte colectivo de ambas instancias. De tal modo, resulta inexorable que la sociedad civil tenga poder real frente al estado a los efectos de, conocer para

controlar y peticionar para corregir eventuales decisiones públicas equivocadas, a fin de elegir o mudar las elecciones políticas. Con ello, sin dudas, favoreceremos el desarrollo de democracias genuinas y sustentables.

En yuxtaposición a lo antes referido, la libertad de expresión subyace como un valor sustancial para el logro de la deliberación continua, puesto que los ciudadanos, como auténticos sujetos políticos comprometidos en el debate por la cosa pública, deben gozar de una amplia “libertad de palabra”, ya sea para arribar a los consensos más básicos, como para formular postulados críticos de la realidad. De tal modo, para que la ciudadanía se constituya en artífice de los juicios críticos útiles para enriquecer el diálogo sobre los asuntos comunes de una nación, será la autonomía personal el ámbito donde se elaboran los valores que luego se traducen en el ejercicio de una acción política comprometida. Esta es la razón —a nuestro entender— por la cual, la consolidación del gobierno abierto utiliza como sustancia vital para el empoderamiento efectivo de la ciudadanía, el acceso universal e igualitario a las fuentes de la información; mediante el cual se puede, no solo visibilizar la dinámica del poder, sino controlar y vigilar a los gobernantes. Esto implica, que una genuina democracia debe establecer los medios para que la sociedad civil pueda “conocer para controlar” y, a partir de allí, determinar sus preferencias.

No dudamos en afirmar, que el derecho humano de acceso a la información pública constituye un sustrato condicionante para la progresiva evolución de un conjunto de derechos y libertades esenciales del sistema democrático, como la libertad de expresión (47), opinión y pensamiento, la libertad de imprenta y de prensa, el derecho a la información y el derecho a la comunicación. Estas garantías asociadas a la libertad de expresión fueron diseñadas para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas y noticias que garanticen el acceso a una pluralidad de fuentes de información.

Ese es el criterio que receptan diversos instrumentos internacionales que complementan nuestra Constitución Nacional, de modo que, toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; y ello equivale a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; con un dato concluyente: este derecho no puede estar sujeto a previa censura (directa o indirecta).

En lo que concierne al derecho a la información y a la comunicación incorporado a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, son claros y precisos los términos utilizados por el constituyente provincial al momento de su consagración en el magno texto; y entendemos que esos propósitos se armonizan —como lo reseñamos en este trabajo— con la interpretación que efectúa la Corte IDH en relación con la “naturaleza doble del derecho a la libertad de expresión”, que protege tanto el derecho a impartir como el de buscar y recibir información e ideas de toda clase, y que nadie sea limitado ni impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos (faz individual); pero por otro lado, implica un “derecho colectivo” de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por otras personas, concluyendo que “para el ciudadano, es tan importante conocer las opiniones de los demás o tener acceso a la información en general como su derecho de impartir su propia opinión”, puesto que “una sociedad que no esté bien informada es una sociedad que no es verdaderamente libre”.

Esta importante incorporación al texto de la constitución provincial necesita de una ley que vigorice el DAIP y que otorgue una musculatura real al derecho incorporado. A dicho respecto, ha de ponderarse que, a los efectos de la vigencia y efectividad de este derecho humano instrumental, rige el principio de desarrollo progresivo, lo cual implica que los estados —en este caso la Provincia de Buenos Aires— deben asumir de manera proactiva, la obligación de poner a disposición todos sus recursos en pos de su observancia.

Por lo expuesto, colegimos que resulta necesario que —de inmediato— se reglamente el DAIP con el dictado de una nueva ley provincial, que recepte los estándares aquí reseñados y que genere las condiciones para hacer efectivo este derecho humano. Este sería el primer paso, puesto que la norma por sí sola no basta; es necesaria la capacitación de los agentes públicos, la creación de órganos de seguimiento y supervisión y la adopción de protocolos internos que garanticen un procedimiento ágil; y que los entes estatales, estén preparados para almacenar producir y archivar información (transparencia activa), sin esperar las solicitudes de la ciudadanía.

(47) Al respecto ver; FUENTES, Gonzalo, “Opinión Pública y Democracia. La importancia de una prensa

libre”, *Diario La Nación*, 05/12/2019, edición impresa, p. 35.

Cita on line: AR/DOC/801/2020

Una agenda judicial con perspectiva de género en la provincia de Buenos Aires

María Ventura Martínez (*)

SUMARIO: I. Preliminar.— II. La capacitación con perspectiva de género en el Poder Judicial.— III. Un presupuesto con perspectiva de género.— IV. Protocolo para Abordar Situaciones de Violencia de Género.— V. Breves palabras finales.

I. Preliminar

En el transcurso del año 2019 se produjeron importantes cambios en la justicia provincial que tienen su correlato en el femicidio de Micaela García.

La Corte —en cumplimiento de la Ley Micaela— implementó la capacitación obligato-

ria en el Poder Judicial (cfr. res. de Presidencia 707/2019).

Luego, a través de la res. 2881/2019, propuso diseñar un presupuesto con perspectiva de género, principalmente sensible a las mujeres.

Finalmente, por acuerdo 3964, aprobó un reglamento denominado “Reglas de Actuación y

Articulación para la Adopción de Medidas Urgentes en Causas que Abordan Situaciones de Violencia de Género en el Ámbito Doméstico”.

En este trayecto, se analizará el contexto en el cual se adoptaron esas medidas, las razones y los objetivos para, finalmente, trazar los desafíos institucionales que aún quedan pendientes en esta nueva agenda judicial.

A lo largo de este trabajo —conviene aclarar— nos vamos a referir a la cuestión de género, para identificar a las mujeres (de acuerdo con la clasificación binaria) (1).

II. La capacitación con perspectiva de género en el Poder Judicial

II.1. Antecedentes

La Provincia de Buenos Aires, ha sido la primera de las jurisdicciones en sancionar la ley 15.134 (2).

(*) Jueza de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata. Especialista en Derecho Em-

presario y Administrativo (UNLP). Replicadora de los Talleres sobre Perspectiva de Género y Violencia Doméstica

de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Integrante de la Red de Mujeres para la Justicia.

Esta ley tiene por objeto, adherir a la ley nacional 27.499 denominada “Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado” y establece “la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, ya sea por cargo electivo, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, en el ámbito de los tres poderes del Estado provincial” (cfr. art. 1º; lo destacado se encuentra incorporado en el texto local).

De la misma manera que el Estado nacional, la Provincia reconoce que las políticas públicas que viene desarrollando para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer son insuficientes, y asimismo que la aplicación de las leyes que protegen a las mujeres contra la violencia y los tratados internacionales que el Estado argentino ha formado y forma parte —que bregan por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y reconocen el derecho a la mujer de una vida libre de violencia como derecho inalienable— continúa siendo un desafío.

Por ello, encuentra como una de las herramientas posibles, un programa institucional en género y en violencia contra la mujer para contribuir al establecimiento de la igualdad de derechos desde el punto de vista jurídico, social, económico y cultural. Como corolario de lo anterior, —al incorporar los fundamentos tenidos en cuenta al sancionarse la ley nacional 27.499—, parte de la premisa de que la violencia de género es un problema social y cultural, y como tal, puede ser erradicada mediante la capacitación (3).

Del recorrido de los aspectos más relevantes, se desprende que el Poder Ejecutivo va a ser el encargado de designar a la autoridad de aplicación (4). Esa función, actualmente la cumple el Instituto Provincial de Género y Diversidad Sexual, que depende de la Secretaría de Derechos Humanos (según dec. 580/2019).

Por su parte, esta ley permite que cada uno de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) pueda instituir, en sus ámbitos, a los órganos de implementación (5).

II.2. Su implementación

El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en cumplimiento de la ley 15.134, emprendió la tarea de capacitación obligatoria en el transcurso del año pasado.

Para cumplir con ese cometido, el Poder Judicial designó al Registro de Violencia Familiar —dependiente de la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia

de la Provincia de Buenos Aires— como órgano de implementación de la ley.

Asimismo, el Instituto Provincial de Género y Diversidad Sexual, en su carácter de autoridad de aplicación de la ley, certificó la propuesta de capacitación presentada el 27 de agosto de 2019, denominada “Herramientas para el abordaje judicial de las violencias basadas en el género”.

En ese contexto, en septiembre de 2019, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia, por intermedio del Instituto de Estudios Judiciales y del Registro de Violencia Familiar, realizó una jornada en la Ciudad de La Plata (cfr. res. Presid. SSJ 707).

De acuerdo con ese programa, convocó a “...agentes/funcionarios/magistrados (6) de los Juzgados de Familia, órganos del Fuero Penal, Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial y en lo Penal, dependencias de Corte con incumbencia en la materia y Juzgados de Paz que la Dirección de Justicia de Paz determine, según la sede y cercanía a la cabecera”.

A su vez, con la presencia de la Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Dra. Natalia Gherardi, los ministros de la Suprema Corte de Justicia participaron de una jornada de capacitación sobre contexto, estrategias y estándares internacionales en materia de género y violencia contra las mujeres.

Como se verá seguidamente, este nuevo proceso formativo permanente en el Poder Judicial recién dio sus comienzos a partir de la sanción de la Ley Micaela.

Pues, de un breve repaso, y solo con la finalidad de reflejar los cambios operados, las propuestas y las perspectivas que el Poder Judicial consideraba relevantes para capacitar a su personal, distaban de cualquier atisbo de perspectiva de género.

Tan es así que, de los registros se pudieron constatar que en el año 1966 (7), las capacitaciones se dirigían a profundizar en los derechos y obligaciones del abogado, su condición de auxiliar de la justicia y el régimen de la ley orgánica de esa profesión.

Años más tarde, a través de la Escuela de Capacitación, los planes de estudio estaban orientados a ampliar los conocimientos éticos, científicos y técnicos, de acuerdo con las peculiaridades inherentes a los fueros y grados de la jurisdicción (8).

Luego, por el año 1984, se creó el Instituto de Estudios Judiciales (9) que tenía la tarea de coordinar los cursos para todas las ramas del derecho (10).

En el año 2001, se suspendieron todas las actividades durante cuatro años (11).

En paralelo, se sancionó en la provincia de Buenos Aires, la ley 12.569 de Violencia Familiar que asignó la competencia para intervenir al fuero de Familia (12).

Según un informe del Observatorio de Violencia de Género (OVG) de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, realizado sobre la experiencia en el Departamento Judicial La Plata (13), reveló la preocupación del modelo de intervención judicial delineado por la ley provincial 12.569 (14), por cuanto si bien se citaban en las resoluciones judiciales los estándares internacionales en materia de violencia contra las mujeres, no se aplicaban los postulados de la ley nacional 26.485 (15).

A su vez, de los antecedentes consultados en la página web del Instituto de Estudios Judiciales, una vez retomadas las actividades, y a pesar de los intentos desplegados, las capacitaciones en género, generalmente, estuvieron enfocadas a los fueros de Familia y Penal.

Con lo cual, de los alcances de sintética reseña anterior, y a excepción de los fueros antes mencionados que han sido los que más profundizaron y evolucionaron sobre la temática, no se había logrado instaurar la temática de género como una política pública judicial transversal.

Hace al menos tres décadas, que existe una preocupación en el ámbito internacional por la violencia contra las mujeres en los distintos ámbitos de sus vidas (16). También es cierto que la persistencia de esta problemática dice más sobre los déficits de las políticas públicas que sobre los logros alcanzados, en aras de concientizar sobre la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos.

El ordenamiento jurídico vigente en las esferas internacional, regional y nacional consagra el derecho de las mujeres a la vida, la libertad, la integridad física, psíquica y sexual, la dignidad y la no discriminación. Los tratados internacionales de derechos humanos (en particular la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer) que tiene rango constitucional y otros acuerdos, de alcance regional (como la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, denominada Convención de Belém do Pará), son instrumentos jurídicamente vinculantes que establecen estándares adecuados para el reconocimiento del derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia.

Sin embargo, a pesar de numerosos hitos en el espacio internacional que enmarcan las actuales iniciativas para abordar el problema de

la violencia contra las mujeres, se aprecia un contexto general atravesado por el efecto de la invisibilización que reina en este campo, más allá de que nuestro país, ha sido el único que consiguió sancionar la Ley de Protección Integral y de que los países de Latinoamérica solo han logrado parcialidades.

No obstante ello, aún no se ha logrado avanzar sobre la transversalización de sus contenidos, sino que solo cobran cierta operatividad frente a los casos de violencia contra las mujeres en su máxima expresión (femicidios) o cuando se ejerce en el ámbito intrafamiliar, sin comprender que este fenómeno cultural afecta a las mujeres, en todos los ámbitos, y a través de diferentes manifestaciones (17).

Por su parte, la coexistencia de legislaciones que disponen la intervención de distintas dependencias judiciales de acuerdo con sus especialidades trae aparejada la necesidad de coordinar la actuación de todos los organismos, para que no existan fisuras o grietas que socaven sus derechos.

Sin dudas, estos serán los nuevos desafíos que deberán abordar estas nuevas capacitaciones, amén de que con la sanción de la Ley Micaela y su implementación en el Poder Judicial, todos los integrantes van a encontrarse obligados a capacitarse y, con ello, asegurada su concurrencia al menos desde el punto de vista formal.

Queda por revelarse, si este nuevo programa de capacitación será capaz de producir los cambios culturales que se necesitan en toda la estructura y niveles del Poder Judicial para atender esta problemática.

Como nos plantea e interpela Claudia Caputi “...concebir un nuevo Estado, visualizarlo en función de las estructuras en las cuales se organiza, a resultados de un poder que recalcula su nueva configuración, y dirigirle los reclamos respectivos, constituye un desafío en permanente construcción y que no se ha alcanzado en la plenitud deseada, lo cual implica que debe extremarse el estudio y análisis de estas cuestiones para no quedar inermes ante una evolución que, más allá de que en nuestro medio cuenta con un soporte convencional y legal, parece histórica y sociológicamente inexorable. Y, como afirmé antes de ahora, aún seguimos en la etapa en la cual asumir la construcción conceptual de un Estado igualitario puede ser visto para unos como un impertinente atrevimiento o hasta la búsqueda de la cuadratura del círculo, y para otros, como un heroico esfuerzo en pos del bien común” (18).

Bajo ese mirador, Alda Facio y Lorena Fries (19), afirman que “no debe perderse de vista que el interés por la ‘problemática’ de género es más que académica. Involucra un deseo

(1) “El concepto de Género se refiere a la construcción social y cultural que se organiza a partir de la diferencia sexual. Supone definiciones que abarcan tanto la esfera individual, incluyendo la construcción del sujeto y el significado que una cultura le otorga al cuerpo femenino y masculino, como a la esfera social, que influye en la división del trabajo, la distribución de los recursos y la definición de jerarquías y relaciones de poder entre hombres y mujeres” (FAUR, 2007).

(2) Buenos Aires (ley 15.134, BO del 11/4/2019). Chubut (ley VIII nro. 129, BO del 12/4/2019). Santa Cruz (ley 3642, BO del 24/4/2019). Salta (ley 8139, BO del 20/5/2019). La Rioja (ley provincial 10.174, BO del 04/6/2019). Chaco (ley 2997-G, BO del 07/6/2019). Córdoba (ley 10.628, BO del 14/6/2019). Jujuy (ley 6140). Misiones (ley IV 85, BO del 26/9/2019). Río Negro (aprobada en septiembre de 2019). La Pampa (ley 3175, BO del 04/10/2019). Santa Fe (ley 13.891, BO del 07/10/2019). Catamarca (ley 5602, BO del 25/10/2019). Neuquén (ley 3.20, BO del 25/10/2019). Santiago del Estero (ley 7290). Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 6208, BO del 31/10/2019). Mendoza (ley 9196, BO del 14/11/2019). Tierra del Fuego (ley 1293, BO 09/12/2019). Entre Ríos (ley 10.768, BO del 19/12/2019). San Luis (la aprobó en la última sesión ordinaria de la Cámara de Diputados del año 2019) (ver [\[sanluis.com/notas/2019/11/27/aprobaron-la-adhesion-a-la-ley-micaela/\]\(http://sanluis.com/notas/2019/11/27/aprobaron-la-adhesion-a-la-ley-micaela/\)\) al igual que la provincia de San Juan, encontrándose en un compás de espera las provincias de Corrientes, Formosa y Tucumán.](http://agencia-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(3) El prólogo de la Convención Belém do Pará, reza que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

(4) Conforme art. 4º.

(5) Conforme art. 5º. Esto es algo novedoso, por cierto, porque la ley nacional, directamente establece que serán los organismos públicos los encargados de esa función.

(6) En rigor, hubiera sido mejor la utilización de un lenguaje inclusivo o genérico, de cara a la temática en estudio. FACIO, Alda — FRIERS, Lorena, “Feminismo, Género y Patriarcado”, p. 282, señalan que el uso del lenguaje que prescinde del sujeto femenino consolida y proyecta hacia el futuro una sociedad en donde la mujer no vale lo mismo que el varón.

(7) Véase acuerdo 1492. Asimismo, del Digesto de Acuerdos y Resoluciones de la SCBA, surge que se dictaban diversos cursos en la oportunidad de modificación y/o sanción de normas procesales y fundiales.

(8) Véase acuerdo 1588/1970 y regl. res. 211/73 y ss.

(9) Por acuerdo 2086 se crea el Instituto de Estudios

Judiciales que está integrado por una oficina central con sede en la ciudad de La Plata y Consejos Departamentales ubicados en las cabeceras de los Departamentos Judiciales.

(10) Según res. 161/89 y acs. 2085 y 2097/1985.

(11) De acuerdo con res. 1926/2001, 247/2002 y 156/2002 y acuerdo 3240.

(12) Publicada en el BO del 02/01/2001.

(13) Este informe explica que la Corte, dispuso en el Departamento Judicial de La Plata —con carácter de prueba piloto— la creación de los denominados “Juzgados Protectorios”, por medio de la res. 34881 y se redistribuyeron las causas sobre niñez, salud mental y protección contra la violencia familiar en dos Juzgados especializados de Familia, para brindar un tratamiento especializado (atendiendo a la centralidad de la problemática y a la cantidad creciente de causas). <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Diagnostico-sobre-el-Funcionamiento-de-la-Justicia-Especializada-en-Violencia-Familiar-en-la-provincia-de-Buenos-Aires.pdf>.

(14) Modificada en el año 2013 por la ley 14.509 y, posteriormente por su similar 14.657.

(15) Esbozados en la convención Belém do Pará, la CEDAW, la Recomendación General 19 del Comité CEDAW y las Reglas de Brasilia, más allá de que, en el año 2012,

por medio de la ley 14.407, se declara la emergencia social en violencia de género en la provincia y, en su art. 1º, se adhirió a los postulados de la ley nacional 26.485), <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Diagnostico-sobre-el-Funcionamiento-de-la-Justicia-Especializada-en-Violencia-Familiar-en-la-provincia-de-Buenos-Aires.pdf> (en su página oficial no se encuentra la fecha de publicación).

(16) Solo por citar a la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en septiembre de 1995.

(17) Véase al respecto, la sentencia dictada con fecha 18/12/2019, en los autos caratulados “La Rosa María Ángela y otro/a s/ pretensión declarativa de certeza”, causa 64.448, en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata, sobre la interpretación convencional de la ley 14.848 (sancionada el 04/10/2016) que incorpora la participación política equitativa entre géneros, para todos los cargos públicos electivos de la Provincia de Buenos Aires.

(18) Véase el capítulo IV “El Derecho Administrativo frente a los desafíos de la Igualdad de Género”, en IVANE-GA, Miriam M. (dir.), *Igualdad y Género*, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, 1ª ed.

(19) FACIO, Alda — FRIERS, Lorena, “Debates. Fe-

de cambio y la emergencia de un orden social y cultural en el cual el desarrollo de las potencialidades humanas esté abierto tanto a las mujeres como a los hombres”.

El punto de partida será, entonces, reconocer que existen patrones socio culturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y que solo a través de un profundo proceso de educación y de compromiso se van a poder revertir (20).

Luego, resta la tarea de que a estos talleres de capacitación concurren, en cada jornada, no solo determinados fueros y dependencias de Corte, sino que se pueda abordar en forma interdisciplinaria, más allá de la especialidad de cada órgano (21).

Pues, de la sumatoria de problemáticas y experiencias que atraviesa cada uno de los operadores del sistema de justicia, podrá lograrse mejores resultados.

De lo contrario, llegaríamos a visiones fragmentadas de la violencia, que no hacen sino sumar diferencias y debilitar los procesos de transformación en una sociedad que requiere una capacitación e información permanente sobre las intervenciones adecuadas para las mujeres víctimas de violencia, como dicen Yuba y Medina (22).

Sin riesgo a equivocarse, la Corte debería avanzar en este punto y convocar, en cada jornada, a los distintos fueros y dependencias para lograr el objetivo de concientizar a los operadores del sistema de justicia de trabajar en forma articulada y coordinada en un contexto que coadyuve a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres con un enfoque interseccional.

Al respecto, viene al caso recordar la experiencia que recolectó, hace más de una década, el Superior Tribunal de Justicia del Chaco, en el marco de la agenda reparatoria que convino el Estado argentino en el caso LNP, al dictar “Seminario en Violencia de Género y Discriminación Múltiple” de carácter obligatorio a todos los jueces y juezas chaqueñas, así como al personal del Poder Judicial, agentes de seguridad y docentes.

Las/os asistentes fueron conscientes de su resultado y, alguna/os de los que brindaron su testimonio, reflexionaron de esta manera (23):

“Es un seminario muy enriquecedor, nos da la oportunidad al Poder Judicial de reunir los

distintos fueros y recibir información, que nos han brindado con tanta claridad y así repasar el marco teórico con el que tenemos que trabajar el día a día y no olvidar, todo lo que hemos visto es muy importante para tenerlo en cuenta para resolver nuestros casos cotidianamente. Es un curso muy enriquecedor que debería hacerse regularmente, por lo menos anualmente, para todos los miembros del Poder Judicial, incluso los empleados, porque todos somos parte del servicio de justicia...”.

También la representante del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), Aileen Allen, rescató “el valor de tener estos espacios donde los operadores del derecho pueden capacitarse, sensibilizarse y profundizar las problemáticas de género, de discriminación, familiarizarse con los instrumentos de derechos humanos, como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención de Belém do Pará, que son instrumentos valiosísimos para los jueces y operadores de justicia...”.

No debemos soslayar, que esa jornada se realizó, luego de que el Estado argentino se notificara de la Comunicación 1610/07 del Comité de Derechos Humanos (CDH) y reconociera su responsabilidad en el caso de la niña de 15 años Qom que resultó violada y en donde se detectaron gravísimas irregularidades en el proceso judicial y prejuicios étnicos y de género que motivaron la impunidad, como también actos de violencia física, psicológica y moral perpetrados por los agentes del sistema de administración de justicia y del sistema público de salud, antes y durante el proceso judicial.

El objetivo era sensibilizar a toda/os la/os agentes y evitar nuevos casos, porque ese hecho no era aislado, sino que formaba parte del patrón de impunidad de la violencia que sufren las mujeres.

Además, a consecuencia de las derivaciones del caso, el Estado se comprometió a revisar sus normas, lo cual dio impulso a la sanción de la Ley de Protección Integral a las Mujeres (ley nacional 26.485), vigente desde hace más de una década, siendo uno de los ejes rectores la articulación y coordinación entre todos los organismos intervinientes.

En suma, la serie de encadenadas descripciones, permiten advertir que estamos en el camino correcto, toda vez que la capacitación obligatoria en género en el Poder Judicial abre

nuevos horizontes y desafíos que no estaban presentes hasta ese momento como una política pública.

Por ello, propiciamos que, a futuro, se realicen los ajustes necesarios para lograr una participación más amplia en cada una de las jornadas, sin perjuicio de las especializaciones de cada fuero.

III. Un presupuesto con perspectiva de género

En junio del año pasado, se llevó a cabo el II Consejo Consultivo de Violencia Familiar y de Género (24), con la participación de integrantes del fuero de Familia y de Paz y la asistencia de funcionaria/os de las distintas áreas de la Suprema Corte de Justicia.

Entre otros puntos, se abordó el aumento significativo de la litigiosidad en las cuestiones de violencia familiar y de género, el trabajo continuo de la/os operadores en la urgencia, el desgaste laboral vinculado a los factores de riesgo psico-sociales relacionados con esa actividad y la necesidad de mejorar la prestación de servicio de justicia.

En ese contexto, la Corte califica a la situación de “emergencia” y decide adoptar una serie de medidas especiales de carácter temporal para revertirla (v. res. 2881, del 23 de octubre de 2019).

Así, propuso incorporar al pedido de presupuesto para el próximo ejercicio (25), un *presupuesto con perspectiva de género* (cfr. art. 1º, inc. 1º).

Estos presupuestos públicos son instrumentos económicos de política social, que reflejan las prioridades de los Estados y contribuyen al avance de la igualdad de género y la realización de los derechos de las mujeres.

Un ejemplo de estas acciones es la asignación de recursos públicos etiquetados a programas y acciones que benefician particularmente a las mujeres, es decir, que su destino se garantiza por ley y no puede ser utilizado para un fin distinto (26).

La idea detrás del desarrollo de estos presupuestos es que el ejercicio del gasto de un gobierno no es neutro al género y que uno de los mecanismos utilizados para el logro de la igualdad de género es la aplicación de medidas especiales de carácter temporal (conocidas también como acciones afirmativas) las cuales

están orientadas a allanar el camino hacia la igualdad de género.

Según puede consultarse de la página *web* de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) Mujeres en México, la elaboración de presupuestos sensibles al género es un ejercicio relativamente reciente a escala mundial (27).

A pesar de que aún no es una práctica en nuestro país (28), los presupuestos con perspectiva de género han estado en la agenda de los organismos internacionales (29).

En el caso puntual del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, se consideró prioritario diseñar un presupuesto sensible al género, luego de valorar informes de gestión y de relevamientos de las distintas áreas que revelaron la necesidad de mejorar la prestación de servicio de justicia, debido al notable aumento de casos de violencia familiar y de género, entre otras circunstancias.

Por ello, ligado a lo anterior, resulta elemental contar con registros más amplios que puedan constatar la cantidad de casos de denuncias de violencia contra las mujeres en sus diferentes modalidades y ámbitos donde se desarrolla (entre otras variables) porque, sin dudas, contribuiría a enmarcar esta problemática con mayor precisión y amplitud.

Tan es así que el Registro que cuenta la Corte, desde el año 2015 (30), es de Violencia Familiar (cfr. art. 18, ley 15.269 y ac. 3690 y ss.).

Sin desconocer, que la mayoría de los casos de violencia tramitan en el fuero de Familia como en el de Paz y que tienen sus repercusiones en el Penal (31), se encuentran invisibilizados otros ámbitos, en los cuales, intervienen diferentes dependencias (fueros Civil y Comercial, Contencioso Administrativo y Laboral). Un claro ejemplo de ello es que, a pesar de lo dispuesto en la Ley de Protección Integral, la Receptoría General de Expedientes, le asigna como carátula “materia a categorizar”, a aquellos que tramitan ante el fuero contencioso administrativo, por no existir un código específico.

En consecuencia, teniendo en cuenta las recomendaciones de los organismos internacionales (32) y de seguimiento de las convenciones afines a la materia (33) que reflejan la necesidad de contar con datos estadísticos más completos e integrales, debería ampliarse

minismo, Género y Patriarcado”, *Academia*, año 3, nro. 6, primavera 2005.

(20) MEDINA, Graciela, “Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y cómo juzgar con perspectiva de género?”, *SJA* 09/03/2016, 1; JA 2016-I.

(21) En julio de 1997, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género, como el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>.

(22) MEDINA, Graciela - YUBA, Gabriela, “Protocolo de actuación en Red: Una herramienta para la construcción de Buenas prácticas y efectividad de los derechos”, *DFyP* 2014 (mayo), 3; Cita Online: AR/DOC/1089/2014; MEDINA, Graciela (autora) - GONZÁLEZ MAGAÑA, I. - YUBA, G. (coautores), “Violencia de género y Violencia Doméstica. Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, diciembre 2013.

(23) Ver https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/decisiones_internacionales_jurisdiccionales/Sentencia_CIDH_Caso_LNP_Vs_Argentina.pdf; <http://clademargentina.com.ar/caso-lnp-discriminacion-por-genero-en-el-sistema-de-justicia/>.

(24) El Consejo fue creado en el marco del acuerdo 3690 de la SCBA, que aprueba el Reglamento del Registro de Violencia Familiar (RFV).

(25) El presupuesto de la Corte de la Provincia de

Buenos Aires participa, aproximadamente, en un 4% del general de la Provincia. Este puede consultarse en <http://www.scba.gov.ar/planificacion/presupuesto.pdf>.

(26) Ver <https://mexico.unwomen.org/es/nuestro-trabajo/presupuestos-publicos-con-perspectiva-de-genero#notas>.

(27) Estos presupuestos tienen sus inicios con la experiencia australiana en 1984 y posteriormente, en la Cuarta Conferencia de Beijing en 1995. Asimismo, ONU Mujeres ha apoyado a más de 65 países en la elaboración de este tipo de iniciativas y América Latina, es la región que ha llevado a cabo un mayor número de prácticas a nivel nacional, estatal y local.

(28) En el caso puntual de nuestro país, en el año 2019, en el ámbito nacional y con especial foco en las provincias de Buenos Aires, Salta y Jujuy, se acordó la Iniciativa *Spotlight* que, entre sus objetivos, procura promover presupuestos sensibles a género y fortalecer las capacidades de las y los funcionarios públicos para incluir esa perspectiva en el diseño de políticas públicas. La Iniciativa *Spotlight*, es una alianza global y plurianual puesta en marcha por la Unión Europea y las Naciones Unidas orientada a eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, cuyos organismos rectores de las Naciones Unidas que la ejecutan en Argentina son ONU Mujeres, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). A su vez, UNICEF, participa como Agencia Asociada brindando asistencia técnica.

(29) Para mencionar solo algunas, el Comité de se-

guimiento de la Convención Belém do Pará en el Tercer Informe Hemisférico del año 2017, señaló la importancia de avanzar con presupuestos provenientes de partidas regulares y, en el Informe Final de Argentina (2017) Tercera Ronda, recomienda a nuestro país asegurar la existencia de partidas presupuestarias para la implementación de la convención (Belém do Pará). Asimismo, se encuentra la Recomendación General de la CEDAW 28, del año 2010 y en particular, el informe final del Comité del año 2016 que insta a la Argentina a que destine suficientes recursos humanos, técnicos y presupuestarios (punto 11) y recomienda que asigne recursos presupuestarios adecuados para la aplicación eficaz del Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres (2017-2019) (punto 21). En paralelo, puede consultarse acerca de estos presupuestos la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing “La violencia contra la Mujer, Capítulo VI”, el Consenso de Santo Domingo (XII Conferencia Regional de la Mujer de LAC) y la Agenda de Desarrollo 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

(30) Ver <http://www.scba.gov.ar/servicios/violencia-familiar/Registro%20de%20Violencia%20Familiar%202018.pdf>.

(31) Ver <http://www.scba.gov.ar/planificacion/juzgados%20de%20familia%20-%20violencia.pdf>.

(32) En mayo de 2018, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), reconoció que los Estados en las Américas han realizado esfuerzos importantes para crear mecanismos efectivos de recopi-

lación de información sobre violencia contra las mujeres durante los años 2015 y 2018, destacando que aún la información se produce de manera fragmentada o incompleta.

(33) Los Estados partes de la CEDAW deben informar al Comité los datos estadísticos completos sobre la real situación de las mujeres. Asimismo, los que forman parte de la Convención de Belém do Pará, deben informar a la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) la recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas y eventualmente modificarlas, de ser necesario. Por su parte, la ley 26.485 identifica a diferentes estructuras para dar cumplimiento con las previsiones de la CEDAW y de la Convención de Belém do Pará [por ej. el Consejo Nacional de las Mujeres —cfr. art. 8º y ss.— a través de la OVM y, en el ámbito del poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuenta con la Oficina de la Mujer (OM) y la Oficina de Violencia Doméstica (OVD)]. Para ampliar sobre este tema, véase el excelente trabajo de CAPUTI, Claudia, “Los deberes de los actores estatales en materia de los derechos de la mujer”, *Centro de Información Judicial* (CIJ), 26/01/2017, <https://www.cij.gov.ar/nota-24648-Los-deberes-de-los-actores-estatales-en-materia-de-los-derechos-de-la-mujer.html> que ha sido actualizados en “Las Autoridades de aplicación en las políticas de igualdad y no violencia respecto de las mujeres y niñas (y una visión balanceada de la estructura estatal)”, *Erreius*, noviembre de 2018, cita digital IUSDC286199A, p. 1047.

el Registro, que actualmente cuenta la Corte provincial, e incluir a todos los casos vinculados al ingreso de denuncias de violencia contra las mujeres, porque además de cumplir con los mandatos convencionales y del ordenamiento interno, posibilitaría un seguimiento completo de las denuncias presentadas ante los tribunales de otras competencias, detectar nuevos nudos críticos en el acceso y servicio de justicia, como también, adoptar medidas temporales y englobarlas en un futuro presupuesto.

IV. Protocolo para Abordar Situaciones de Violencia de Género

IV.1. Una sentencia con garantía de su no repetición propone su elaboración

En el año 2015 (34), la Corte advierte la necesidad de implementar un protocolo para juzgar con perspectiva de género, con la finalidad de no repetir la violación de derechos fundamentales en una causa que viene a su estudio.

Por primera vez, utiliza el método de perspectiva de género para resolver la grave situación de vulnerabilidad que atravesaba el grupo familiar, con un enfoque interseccional o contextual de discriminación.

A su vez, decide acumular las causas que venían tramitando para analizar la problemática en su conjunto (35) y adopta medidas concretas para recuperar y proteger los derechos vulnerados.

En paralelo, reconoce que el servicio de justicia había fallado en comprender la situación de peligro vivenciada por el grupo familiar, solicitando explicaciones al juez de garantías, acerca de la investigación penal que había llevado a cabo, en el marco de la causa.

Y por último, en aras de mejorar el servicio de justicia, encomienda al Registro de Violencia Familiar para que, junto con el Consejo Consultivo de Violencia Familiar y de Género, elaborase un “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género”, para ser elevado ante la propia Suprema Corte provincial (36).

IV.2. Aprobación e implementación

El 11 de diciembre de 2019, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires aprueba las “Reglas de Actuación y Articulación para la Adopción de Medidas Urgentes en causas que Abordan Situaciones de Violencia de Género en el Ámbito Doméstico” (cfr. acuerdo 3964).

Para su elaboración, se tuvieron en cuenta las previsiones del “Protocolo para la Investigación y Litigio de Casos de Muertes Violentas de Mujeres (femicidios)” (37).

El anexo que se aprueba con el texto, se divide en cinco ejes estructurales.

Los capítulos I y V, tienden a asegurar el cumplimiento de los derechos de las víctimas

(cfr. leyes 12.659 y 26.485) y la garantía a un debido procedimiento, ocupándose que se adopten medidas de protección adecuadas y oportunas, con un enfoque coordinado, multidisciplinar e integrado.

Por su parte, los capítulos II a IV, articulan reglas de actuación e intervención entre los órganos de los fueros de Paz, de Familia y Penal para abordar situaciones de violencia de género, en el ámbito doméstico, donde las víctimas especialmente vulnerables, son la mayoría mujeres.

De sus considerandos, se desprende que tiene origen en lo encomendado al Registro de Violencia Familiar, por medio de la resolución de Corte 2447/2016, es decir, no responde a su idea primigenia de dictar un protocolo para juzgar con perspectiva de género en todos los casos que se encuentren involucrados los derechos de las mujeres. Sin embargo, importa adelantar que reviste un gran avance en pos de brindar una mejor respuesta a su servicio de justicia.

Esta herramienta, encauza la acción estatal por el andarivel preventivo, facilitando una correcta actuación para intervenir en casos de violencia doméstica, evitando que pueda configurarse un nuevo daño a las víctimas, y comprometer, además, la responsabilidad estatal en el plano doméstico e internacional.

La Argentina, a partir de la Convención de Belém do Pará (ratificada en el año 1996 por medio de la ley 24.632), entre otros compromisos, asumió la obligación de actuar con la debida diligencia reforzada para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (cfr. art. 7º, inc. b).

Como antecedente, encontramos el caso conocido como “Campo Algodonero” (38) del año 2009, en el cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó al Estado mexicano, por los femicidios cometidos en la Ciudad Juárez, y ordenó elaborar un protocolo de actuación para juzgar con perspectiva de género, al advertir las falencias desplegadas en la investigación frente a las denuncias por la desaparición de las mujeres, por parte de las autoridades estatales, que luego fueron encontradas muertas. Dado el impacto institucional del caso, otros Estados dictaron instrumentos análogos (39).

En el caso puntual de nuestro país, debemos recordar que el Comité de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI), en el VI Informe País (Argentina) Tercera Ronda, del año 2017, le recomendó emitir un Protocolo de Juzgamiento con Perspectiva de Género, de conformidad con los estándares de la Convención Belém do Pará, luego de reparar que no informó sobre la existencia de protocolos para el juzgamiento con perspectiva de género, excepto por el documento “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado” (40).

A su vez, la CEDAW impone a los Estados el deber de emplear “todas las medidas adecuadas” para eliminar la discriminación contra la mujer” (cfr. art. 2º) y, el órgano que supervisa el cumplimiento de la convención, a través de la recomendación general 35 del año 2017 (41), recomendó garantizar el acceso efectivo de las víctimas a las Cortes y los Tribunales.

En ese contexto, ciertamente, se viene avanzando sobre el tema. Así, la Procuración de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, adoptaron protocolos para la Investigación y Litigio de casos de Muertes Violentas de Mujeres (femicidios), este último, precisamente tenido en cuenta para aprobar el presente (42).

En paralelo, se encuentran diversos instrumentos en el ámbito universal, como el elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la entidad ONU Mujeres, denominado “Modelo de Protocolo Latinoamericano de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (femicidio/feminicidio)” como también, en el plano regional, el de la Cumbre Judicial Iberoamericana (43), intitulado: Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo para la Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias”, con alcance preferencial a los países de Iberoamérica.

Dada la vigorosa y potente fuerza expansiva de estas herramientas, cuya finalidad es mejorar el estado de situación imperante y evitar la repetición de estos hechos, resultan de suma utilidad para investigar los casos de violencia y de discriminación de género.

Por un lado, porque promueven buenas prácticas que se nutren de la normativa y estándares internacionales, su jurisprudencia, así como de las experiencias documentadas en instituciones gubernamentales que lograron avanzar en este punto.

Por el otro, porque evitan que se perpetúen las prácticas discriminatorias que vulneran los derechos de la mujer u otros grupos discriminados y concitan a un mejor servicio de justicia de calidad y eficacia, basada en el respeto de los Derechos Humanos, a favor y en pro del acceso a la justicia de las mujeres.

De esta manera, todos los operadores judiciales deberán acudir a estas herramientas y, en particular, al reciente protocolo aprobado por la Corte Provincial, para abordar los casos de violencia familiar, más allá de que como se verá seguidamente, la omisión estatal en dictar este tipo de reglamentos no releva ni exime al Estado del deber de actuar con una diligencia reforzada para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (44).

Al respecto, resulta destacable, en este punto, el excelente voto de la Dra. Claudia Capu-

ti (45), emitido en la sentencia dictada por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la causa “A., R. H. y otra c. Estado Nacional - M. Seguridad - PFA y otros s/ daños y perjuicios” (llamada “el Portero de la Recoleta”) que, con perspectiva de género, juzga la responsabilidad extracontractual del Estado nacional por falta de servicio, por su accionar negligente ante una víctima de violencia doméstica, quien recurre a la justicia en busca de protección, y las fuerzas policiales advertidas del altísimo riesgo que padecía la mujer y contando con una orden judicial de prohibición de acercamiento, dejan a la mujer sola con su agresor permitiendo, con su omisión negligente, que este la mate.

En el caso, analiza si puede aceptarse como eximente de responsabilidad del estado la ausencia de un protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad que fue aprobado con posterioridad a los hechos denunciados. Es decir, si hubo, según el estándar que la Corte Suprema trazó en el caso “Mosca”, un mandato expreso y determinado de actuación en la fallida diligencia encomendada a los agentes de seguridad, en cuyo marco se originaron los daños cuya reparación se persigue.

Sobre ese plafón, la magistrada concluye que la falta de dictado de un reglamento “... dista de atenuar o relativizar el mandato normativo donde reposaba el deber del Estado y sus órganos de actuar en pos de proteger a las personas que se hallaban en una situación como la atravesada por la madre de las actoras, y prevenir hechos de violencia en el marco de una actuación judicialmente ordenada...” (46), al considerar que la ley 26.485 de Protección Integral y la Convención de Belém do Pará aprobada por ley 24.632, eran suficientes como para brindar la apoyatura normativa necesaria, sin necesidad de otras disposiciones inferiores, a los efectos de trazar una directiva concreta y puntual para adoptar acciones de prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

V. Breves palabras finales

A través de este trabajo, se analizaron tres medidas implementadas por la Corte de la Provincia de Buenos Aires que se encuentran íntimamente relacionadas, son secuenciales y presentan como hilo conductor una nueva agenda, que procura mejorar el servicio de justicia para abordar los casos de violencia contra las mujeres (47).

Ciertamente, ello responde a un nuevo esquema institucional más comprometido con los derechos humanos que deberá seguir avanzando y profundizarse, en pos del fortalecimiento de los derechos de las mujeres.

Cita on line: AR/DOC/797/2020

(34) Causa SCBA C 118.472 y sus acumuladas (C. 118.473 y C. 118.474), sentencia del 04/11/2015. El voto pertenece al ministro De Lázari, que contó la adhesión de los restantes Jueces.

(35) Para resolver conjuntamente una curatela por insanía y las adopciones conexas de los hijos de la actora.

(36) Este punto se encuentra expresamente en la parte resolutoria.

(37) Aprobado por res. de la Procuración General 476/2018.

(38) CIDH, sentencia del 16/11/2009, “González y otras (‘Campo Algodonero’) c. México”; CIDH, sentencia del 30/08/2010, “Fernández Ortega y otros c. México”; CIDH, sentencia del 19/11/2015, “Velásquez Paiz y otro c. Guatemala”; CIDH, 19/05/2015, “Véliz Franco y otros c. Guatemala”; CIDH, sentencia del 27/11/2013, “J. c. Perú”, entre otros.

(39) Como Bolivia, Chile, Guatemala y Ecuador, entre otros, a fin de evitar que se sigan cometiendo estas violaciones a los derechos fundamentales. Consultar: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacio->

newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anejo/ProtocoloGneroTSJBolivia.pdf; https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2019/05/003_a-PJChile_Cuaderno-g%C3%A9nero-sentencias.pdf; https://tbinter.net.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GTM/INT_CERD_ADR_GTM_29788_S.pdf; https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/politica_para_la_igualdad_de_genero_2018.pdf.

(40) Punto 53 del Informe Final.

(41) Se trata de la recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general 19, del Comité CEDAW.

(42) El Procurador General de la Provincia (mediante res. PG 4/2020) aprobó el “Protocolo de Seguimiento de Casos de Violencia de Género”, orientado a agentes del Ministerio Público que sufran violencia de género. Por su parte, en el ámbito nacional puede mencionarse la res. conj. RC 14/2018, dictada por el poder Legislativo Nacional que implementa un “Protocolo para la Prevención e Intervención en Situaciones de Violencia Laboral con Perspectiva de Género”, en sus respectivos ámbitos,

como también la res. 170/2019 que aprueba el “Protocolo de Actuación, Orientación, Abordaje y Erradicación de la Violencia de Género en el ámbito de la Administración Pública Nacional” y la “Guía para la Prevención e Intervención de Situaciones de Violencia contra las Mujeres en las Organizaciones”, elaborada por el Instituto Nacional de Mujeres (INAM). Acorde a ello, otras jurisdicciones provinciales vienen replicando en el mismo sendero, como es el caso de la Provincia de Santa Fe, por medio del dec. 8/2019, al aprobar un “Protocolo de Actuación para la Prevención y Atención frente a Situaciones de Violencia de Género en el Ámbito Laboral”.

(43) La Cumbre Judicial Iberoamericana se inició en Madrid en el año 1990. Tiene por misión articular la cooperación y la concertación entre sus miembros con el objetivo de adopción de proyectos y acciones para el fortalecimiento de la administración de justicia y del sistema democrático entre los poderes judiciales de Iberoamérica y aglutina las Cortes Supremas, los Tribunales Supremos de Justicia y los Consejos de la Judicatura. Algunos de sus productos axiológicos para des-

tacar son: el Decálogo Iberoamericano de la Justicia de Calidad, el Protocolo Iberoamericano para el Acceso a la Justicia de las Personas y Grupos en condiciones de vulnerabilidad, la Carta de derechos de las personas ante la justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (Cancún 2002) y las Reglas de Brasilia (Brasilia 2008), actualizadas en el año 2018.

(44) Conforme art. 7º de la Convención de Belém do Pará.

(45) El texto del fallo, dictado el 11/07/2017, recaído en el expte. 50.029/11, Cita Online: AR/JUR/41555/2017. Puede ser consultado en el portal del CIJ, ver cij.gov.ar. Por otra parte, la destacada sentencia, dada su trascendencia institucional, fue comentada laudatoriamente por la profesora MEDINA, Graciela, “La responsabilidad del Estado por femicidio. Responsabilidad por omisión”, LA LEY, 2017-D, 504-510.

(46) Ver acápite VII párr. 38 se la sentencia.

(47) Que, asimismo, en su rol de empleadora —por medio de la acordada 3949 del 28/8/2019— implementó la Licencia por Violencia de Género.


NOTA A FALLO

Reincorporación del trabajador

Despidos por disminución de trabajo en la Pandemia. Aplicación del DNU que prohíbe los despidos sin causa. Fecha de notificación del despido.

La SRL demandada, dentro del quinto día de notificado, debe reinstalar en sus puestos de trabajo, en forma cautelar, a los trabajadores despedidos, en tanto se denuncia un despido por fuerza mayor con fundamento en el art. 247 de la LCT, ocurrido durante la vigencia del DNU 329/2020; surgiendo que *prima facie* ambos trabajadores tuvieron conocimiento del despido con posterioridad al 31/03/2020, verificándose el grado de urgencia de la petición, al considerar el contexto social de aislamiento por la pandemia de COVID-19, de fuerte impacto negativo, especialmente para los trabajadores, que se ven privados de

su fuente alimentaria y se verían en serio peligro de frustración de sus derechos en caso de demora, ocasionándoles un daño irreparable.

TTrab. N°2, San Miguel, 21/05/2020. - Villan, Diego Alejandro y otro c. José Trento Vidrios S.R.L. s/ reinstalación (sumarísimo).

[Cita on line: AR/JUR/17725/2020]


JURISPRUDENCIA VINCULADA

En igual sentido. Entre otros: Juzgado Nacional de la Instancia del Trabajo Nro. 20, 24/04/2020, Pragma, Matías c. Goliardos S.R.L. s/ medida cautelar, AR/JUR/13180/2020


COSTAS

A la accionada.

Despido de trabajadores durante la pandemia

Disminución de trabajo o fuerza mayor. Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020. Prohibición. Reinstalación.

Debe confirmarse la resolución que ordenó la reinstalación de los trabajadores despedidos con fundamento en el art. 247 de la LCT, ya que la extinción de los respectivos vínculos se consumó el 1 y 2 de abril de 2020, cuando ya estaba en vigencia el DNU 329/2020 y la prohibición dispuesta en su art. 2°, respecto a los despidos sin causa, falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

TTrab. N° 2, San Miguel, 21/05/2020. - Godoy Héctor Ricardo y ot. c. José Trento e Hijos SRL s/ Reinstalación (sumarísimo).

[Cita on line: AR/JUR/17655/2020]


COSTAS

Se imponen al vencido.

Reinstalación por el DNU 329/20: los cuestionamientos

Alberto Mansilla (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los argumentos de los fallos.— III. El contexto en el que se desarrollan los hechos.

I. Introducción

Nos ocupa hoy el comentario de dos fallos de la Justicia Provincial del Trabajo: “Godoy, Héctor R. y otros c. José Trento Vidrios SRL s/ reinstalación (sumarísimo)” y “Villan, Diego A. y otro c. José Trento Vidrios SRL s/ reinstalación (sumarísimo)” que tramitaron ante el Tribunal de Trabajo N° 2 de San Miguel y que fueron iniciados el 05/05/2020 y el 15/05/2020 respectivamente.

Se trata de varios trabajadores que fueron despedidos de la misma empresa, en los términos del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), el 27/03/2020 mientras que las comunicaciones fehacientes les llegaron en distintas fechas a lo largo del mes de abril, cuando ya se había dictado y se encontraba vigente el DNU 329/2020 que prohibía los distractos. Los actores piden la reinstalación en su puesto de trabajo por considerar nulas las extinciones decretadas por el empleador y el Tribunal hace lugar a la petición, ordenándola.

Ya hemos manifestado nuestra posición con respecto a la inconstitucionalidad del DNU 329/2020 (I) que, en resumen, es la siguiente: 1) Cuestionamos legalmente el decreto por: a) no haber cumplido aun con el procedimiento legislativo creado por la ley 26.122; b) No tener una situación de urgencia que justifique su dictado ya que, al momento de hacerlo, el Congreso estaba sesionando; c) La autodelegación de facultades que no tenía por la ley 27.541, por parte del Poder Ejecutivo; d) Por ser dictado con la vigencia simultánea del DNU 34/2019 que estableció la doble indemnización y 2) Cuestionamos constitucionalmente el DNU porque a) viola el derecho a la propiedad privada de los empleadores; b) viola la garantía de protección

contra el despido arbitrario; c) viola la garantía de estabilidad del empleado público desconociendo los precedentes de la CS, “De Luca, José E. c. Banco Francés del Río de la Plata” del 25 de febrero de 1969; “Figuroa, Oscar F. y otro c. Loma Negra SA s/ cobro de pesos”, del 4 de setiembre de 1984; “UOMRA Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c. SOMISA Sociedad Mixta Siderurgia Argentina s/ medida cautelar”, del 26 de diciembre de 1991 y “Madorrán, María C. c. Administración Nacional de Aduanas” del 3 de mayo de 2007, con lo que puede sorprender nuestra crítica al fallo que comentamos.

II. Los argumentos de los fallos

Si bien los primeros votos a los que adhiere el resto del tribunal no son de los mismos jueces en ambos pronunciamientos, los fundamentos son similares. En el primero de ellos, que llamaremos a partir de ahora, “Fallo Godoy”, la jueza se aboca al tratamiento de “una medida innovativa, regulada por el art. 230, inc. 2° del Cód. Proc. Civ. y Com. Ello así porque los peticionantes pretenden modificar una situación de hecho y derecho en la que se encuentran antes de arribar al proceso”, mientras que la parte actora no lo plantea, claramente, de esa manera. Allí tenemos el primer cuestionamiento al pronunciamiento porque en el *objeto*, dice que vienen a “promover formal demanda” para reinstalar a los actores, que la empleadora cese en su actitud discriminatoria (porque entre los accionantes hay dos con “actividad gremial”), que pague los salarios caídos y que repare el daño moral. Es más, la lectura de la demanda lleva a pensar que se trata más de una acción en contra de actos discriminatorios que de una reinstalación. Nótese que los accionantes, lo presentan como un juicio “sumarísimo” sin solicitar el procedi-

miento cautelar que se relacionaría más con una medida innovativa. Sin embargo, el Tribunal le da el tratamiento mencionado sin fundamentar el apartamiento parcial del objeto de la demanda. De hecho, tenemos que destacar que la sentencia decide solamente la reinstalación y no dice nada sobre todo lo demás.

Luego de esto, el fallo afirma que “*prima facie*, se dan los extremos de excepción que sustentan la normativa decretada por el Presidente de la Nación conforme el art. 99, inc. 3° de la CN” cuestión esta que ya hemos puesto en controversia en los artículos ya citados, pero le agregan citas jurisprudenciales que apoyan su postura. Para ello, invocan dos sentencias de la Corte Suprema (CS) en el orden temporal inverso al que ocurrieron, pero ambas no expresan a nuestro juicio, lo que afirman en el fallo en crisis.

El fallo “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. EN - PEN - ley 25.414 - dec. 1204/2001 s/ amparo” del 4 de noviembre de 2008, ventilaba que el dec. 1204/2001, que el Poder Ejecutivo había dictado, contravenía las disposiciones de la ley 23.187 porque relevaba a los abogados del Estado de cumplir con sus obligaciones con respecto al Colegio que los agrupa. En ese momento, la Corte Suprema señaló que la norma ejecutiva señalada, no encontró convalidación en una supuesta delegación de facultades contenidas en la ley 25.414. Por otra parte, el Alto Tribunal, hizo la distinción entre los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que ordenaban el ejercicio de facultades delegadas y, más adelante, no hizo más que insistir en que los artículos cuestionados del dec. 1204/2001, “encuentran serias dificultades para amoldarse a la delegación legislativa de la ley 25.414”. Con lo que llega a la conclusión final de que el decreto mencionado “constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenidas en (...) la ley 25.414”.

Con estos lineamientos, entendemos que no se puede afirmar que se dan los “extremos de

excepción que sustentan la normativa decretada por el Presidente de la Nación” sino lo contrario. Porque el fallo invocado describe una situación similar a la que ya señaláramos: la ley 27.541, norma en la que se fundan los DNU dictados a partir del 19/03/2020, no delega las facultades que se atribuye el Poder Ejecutivo y, en ese sentido, dice también la Corte en el fallo reseñado: “(12) (...) 1°) la delegación sin bases está prohibida y 2°) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate (...)”. Finalmente, no podemos dejar de notar que el decreto cuestionado, fue dictado el 24/09/2001, tres meses antes de la peor crisis económica de nuestra historia, momento en el que se podía prever la futura situación de emergencia.

En el fallo “Consumidores Argentinos c. EN - PEN - dec. 558/2002-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, tampoco encontramos fundamentos que refuerzan la posición del tribunal. En este caso, la Asociación demandante, pidió la declaración de inconstitucionalidad del DNU 558/2002 porque modificó en forma sustancial la ley 20.091. En el punto 5) la Corte dijo “que en cuanto a la constitucionalidad de este tipo de decretos resulta de suma trascendencia fijar los requisitos que se deben cumplir a los efectos de considerarlos válidamente emitidos” y luego, sobre este tema se explayó.

Comenzó afirmando que no cabían dudas de que la reforma del '94 pretendió atenuar el régimen presidencialista y por eso, “es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponden asignar a las previsiones del art. 99, inc. 3°, de la CN, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia”. Es decir, impuso el carácter restric-

(*) Abogado laboralista. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de Derecho Colectivo del Trabajo y la Seguridad

Social en la Universidad Católica de Salta.

(I) MANSILLA, Alberto, “Inconstitucionalidad del

DNU 329/20: la respuesta de la realidad”, Cita online: AR/DOC/1453/2020; MANSILLA, Alberto, “Inconstitucionalidad del DNU 329/20: la respuesta jurídica”, Cita online: AR/DOC/1745/2020.

tivo de interpretación de la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia.

Siguió diciendo que, con respecto a la existencia del estado de necesidad y urgencia, son los tribunales los que tienen que evaluar, en el caso concreto, los hechos concretos que justifiquen el dictado de decretos que “reúnan tan excepcionales presupuestos”. Pero, además, el Poder Judicial debería verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional.

Invoca el fallo “Verrochi” (2), en donde el mismo tribunal dijo: “para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Por todo eso, concluye la Corte en la invalidez del decreto cuestionado “por cuanto no han existido las circunstancias fácticas que el art. 99, inc. 3º, de la CN describe con rigor de vocabulario (conf. ‘Verrochi’, consid. 10)”. El decreto cuya inconstitucionalidad confirma el Alto Tribunal, se dictó el 27/03/2002, tres meses después de la debacle económica más importante del país; momento histórico en el cual la Argentina no podía negar que sufría un estado de emergencia de un nivel, nunca visto. Y, sin embargo, la Corte juzgó que no se había dado la situación excepcional que justifique el dictado de un DNU. Es más, Las Dras. Highton de Nolasco y Argibay y los Dres. Maqueda y Petracchi, aun con disidencias parciales, coinciden en el mismo resultado.

En el mismo sentido, a nuestro juicio, con respecto al dictado del DNU 329/2020, no ocurrieron ninguna de las dos situaciones exigidas por la Corte. No era “imposible” el dictado de una ley porque el Congreso estaba sesionando

normalmente y la situación no era tan urgente porque, si nos atenemos a los considerandos del DNU y su apoyatura jurídica en la ley 27.541, la situación aludida tenía tres meses de antigüedad. Por esto es por lo que este fallo, no confirma lo expuesto en la sentencia en crisis, sino que, al contrario, lo controvierte.

Sentado lo anterior, con los hechos narrados en la demanda y comprobados mínimamente, el Tribunal consideró que existía “probabilidad cierta del derecho invocado por las partes, ello así por cuanto se evidencia en forma palmaria que el modo de extinción del vínculo laboral dispuesto respecto de los trabajadores se encuentra expresamente vedado por el art. 2º del DNU 329/2020 (BO 31/03/2020) y dado el carácter recepticio de las notificaciones, los respectivos distractos se consumaron el 01/04/2020 y 02/04/2020” y considera verificado el grado de urgencia de la petición, porque los trabajadores se ven privados de su fuente alimentaria y sus derechos se verían frustrados en caso de demora y les causarían un daño irreparable, por lo que hacen lugar a la medida solicitada y ordenan la reinstalación.

En el otro expediente, “Villan, Diego A. y otro c. José Trento Vidrios SRL s/ reinstalación (sumarísimo)”, en adelante “Fallo Villan”, con las particularidades del caso, los hechos y argumentos son similares por lo que criticar la jurisprudencia invocada sería repetitivo.

III. El contexto en el que se desarrollan los hechos

Quedó claro con lo anterior que no concordamos con los fallos comentados. Sin embargo, a fuerza de ser sinceros, creemos que tenemos que inscribir estas sentencias dentro de la particular situación en la que se dictan. Porque las características son tan particulares que empleadores, abogados y jueces realizan acciones o toman decisiones que son producto de la singularidad de la crisis.

Miremos del lado de los abogados sin querer levantar dedos insolentes contra profesionales que hicieron lo mejor que pudieron en un camino totalmente nuevo para el ejercicio de la abogacía.

Mandaron cartas documento que, enviadas el 27/03/2020, comenzaron a llegar desde el 02/04/2020 en adelante, desde sucursales de

Correo Argentino alejadas de los domicilios de los trabajadores, asegurando de esa manera el retardo en la entrega de estas. ¿Podían imaginarse los colegas que iban a prohibir los despidos? No lo creemos porque estaba vigente la doble indemnización y nadie podía pensar en una limitación peor. Pero sí, había una circunstancia que ameritaba una acción rápida para comunicar los despidos. Como podía ser un acta con un escribano o, por lo menos, mandar las comunicaciones desde la oficina más cercana al domicilio de los trabajadores para que tarden lo menos posible en llegar.

Luego, al plantear la cuestión, hubo falta de precisión en la demanda del expediente “Godoy”, cuestión que no se encontraba en la acción del expediente “Villan”. Si pedimos una medida innovativa, tenemos que solicitar eso y no iniciar un “proceso sumarísimo” para pedir la reinstalación del empleado. Cargaba sobre nosotros la responsabilidad de hacer peticiones claras y concretas que no dejen lugar a interpretaciones por parte de los jueces, aun en este contexto. Sin perjuicio de que se trate, como en este caso, de una petición urgente para cuya preparación tenemos muy poco tiempo. Pero seamos honestos, era difícil determinar cómo se debía pedir el cumplimiento de un decreto de prohibición sobre el que no hay antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico. Por eso es comprensible la limitación del colega.

Más tarde, al contestar la notificación de la reinstalación, no existió un cuestionamiento terminante acerca de la constitucionalidad del DNU 329 que era lo único que podía detener la reinstalación. Apenas un superficial planteo en el expediente “Godoy” y, actualmente, no sabemos cuál será la reacción en el fallo “Villan” porque desconocemos si se notificó la sentencia de reinstalación. Cuando la demandada, planteó una revocatoria del “Fallo Godoy” no explotó la inconstitucionalidad del DNU que prohibía los despidos. Como tampoco aprovechó una cuestión de hecho (a nuestro juicio, definitiva): las cartas documento de despido fueron emitidas antes de la redacción y puesta en vigencia del decreto. Por lo que, sin negar el carácter de recepticio del despido, mal se puede invalidar un acto realizado antes de la norma. Por lo menos eso tendría que haber generado una explicación del tribunal en un procedimiento cautelar como el que, de hecho, se desarrolló. Por eso es por lo que el rechazo de la revocatoria es de una argumentación inobjetable.

Y del lado de los jueces, también encontramos una cantidad de explicaciones metas jurídicas.

Por empezar que, sin perjuicio de nuestras ponderaciones con respecto a la constitucionalidad del dec. 329, los magistrados tuvieron delante de sí, un decreto vigente, en una situación que, aunque mal fundamentada por el Poder Ejecutivo, es de emergencia y sin que nadie les cuestione la normativa. Casi que no podían decidir otra cosa. Claro está, tendríamos que haber tenido los justiciables, un análisis más profundo acerca de la norma que estaban aplicando, partiendo de la base de opiniones como la de la Dra. Argibay, en el fallo (3) que cita el mismo Tribunal: “si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafos de la Constitución Nacional y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable”. Un decreto vigente, una situación de emergencia y la ausencia de controversia con los aspectos fundamentales de la cuestión, dan como resultado estos fallos. Aunque no por ello afirmemos que coincidamos con ellos.

Asimismo, era esperable el análisis de la particular situación de decidir un despido, enviar la notificación y, durante el transcurso de la diligencia, cambia la situación y el Poder Ejecutivo prohíbe la acción que se había comenzado a ejecutar. No nos parece aplicable lisa y llanamente el indudable carácter de recepticio de este tipo de institutos. En este caso, hacía falta una explicación más dada la medida que estaban decidiendo.

Sin embargo, no estamos acusando la negligencia de nadie y, en todo caso, no sabríamos que hubiéramos hecho nosotros mismos en esos papeles. Porque la situación es de una excepcionalidad que justifica las carencias de todas las partes que se quieran analizar. Pero con todo, nos parece que sigue pendiente el análisis jurisprudencial profundo de la constitucionalidad del decreto porque la característica de la medida es de una originalidad y una efectividad tal que corre el riesgo de atropellar varios derechos constitucionales y de cometer ilegalidades que ponen en peligro el estado de derecho. El problema de ello es que, si llegara por algún lado la cuestión a la Suprema Corte, arribaría dentro de algún tiempo, seguramente con el problema político de los despidos solucionado y sin efectos prácticos actuales.

Cita on line: AR/DOC/2294/2020

(2) Fallos 322:1726.

(3) C. 923. XLIII, “Consumidores Argentinos c. EN -

PEN - dec. 558/2002-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, consid. 13 del voto de la Dra. Argibay.

COLABORADORES:

Diego Calonje
Carlos Druck
Silvia E. Fernández
Javier Guiridlian Larosa

Ivana Her
Marcelo Lamoglia
Marcela A. Martínez

Claudia McCormack
Ramiro Rosales Cuello
Emilio E. Romualdi

Mercedes Sastre
María Carolina Terrier
Rafael E. Toledo Ríos