JA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:
LUIS DANIEL CROVI

Bs. As., 23/12/2020

2020 - IV
fasc. 13

Thomson Reuters

ISSN 2545-6261

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261
RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de diciembre de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Thomson Reuters

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

Thomson Reuters

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

Thomson Reuters

ÍNDICE

DOCTRINA

La renegociación y la adecuación de los contratos como remedio frente a la pospandemia
Lidia M. R. Garrido Cordobera 3

La responsabilidad frente a las conductas reprochables por COVID-19
Juan Francisco González Freire 25

ACTUALIDADES

Actualidad en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal
Horacio J. Romero Villanueva 37

Actualidad en Seguridad Social 5/2020
María Teresa Martín Yáñez 49

JURISPRUDENCIA

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO
Reintegro de créditos fiscales. Operaciones de exportación. Prueba. Confirmación parcial del reintegro 73

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
Embriones crioconservados. Implantación. Negativa del excónyuge a ser padre. Quiebre del proyecto común de parentalidad. Voluntad procreacional 77

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

La renegociación y la adecuación de los contratos como remedio frente a la pospandemia

Lidia M. R. Garrido Cordobera (*)

Sumario: I. El contrato como instrumento de previsión y de distribución de riesgos.— II. La pandemia y la emergencia.— III. La jerarquía del contenido contractual y el dilema la extinción o la adecuación contractual.— IV. El incumplimiento, la imprevisión, la frustración fin y la suspensión.— V. La renegociación y la adecuación contractual.— VI. Soluciones extrajudiciales de adecuación o renegociación contractual.— VII. Exhortación final.

I. El contrato como instrumento de previsión y de distribución de riesgos

Podemos decir con Garrido y Zago que celebrado el contrato es razonable entender que el mismo se extinguirá por el cumplimiento de las prestaciones convenidas por las partes al momento de prestar el consentimiento, pero si bien esto sucede en la mayoría de los casos y llevan a lo que estos autores llaman la muerte natural del contrato, hay ciertas situaciones que suelen acarrear la intervención judicial y otras que configuran supuestos especiales.

Pero lo más importante de señalar es que no siempre el contrato se extinguirá, sino que habrá cabida para una revisión contractual, entendiendo por tal actividad ese volver a ver las circunstancias que puedan permitir que no se produzca esa ruptura abrupta no querida por las partes al contratar y el contrato sobreviva frente a estas contingencias.

El contrato, si lo tomamos cuantitativamente, es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, pero su concepto y alcances no han permanecido inmóviles en el tiempo, ha ido receptando las diferentes corrientes filosóficas e históricas y solemos aludir a él, como programa de prestaciones relacionales.

Recordemos a modo de ejemplo que para Mac Neil el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social, ya que, existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, y que para Posner sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección.

Desde el siglo pasado se habla en la teoría de los contratos del denominado "contrato perfecto"; estamos ante él cuando las partes contratantes antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución.

Para Shafer y Ott, el derecho contractual es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión.

(*) Catedrática y Prof. de Contratos Civiles y Comerciales y de Derecho del Consumidor UBA.

Thomson Reuters

II. La pandemia y la emergencia

La situación particular que analizaremos de contagio o posibilidad de contagio nos enfrenta a una gran crisis sanitaria mundial, sino también, a sus repercusiones económicas y a las facultades legítimas del Poder de Policía del Estado al requerirse un aislamiento social decretado en virtud de la necesidad de evitar o bajar los niveles de contagio.

Desde el 20 de marzo del 2020 rige en la Argentina el dec. 297 que regula el ¨aislamiento social preventivo y obligatorio¨ que en 14 artículos establece las restricciones que implican las de transitar y de acudir a los trabajos salvo las excepciones previstas en diferentes incisos y normativa aplicable.

El COVID-19 es un virus, esto significa que no tiene vida propia, sino que debe ingresar a las células que infecta vía mucosas sea ocular, nasal o bucal, fuera del cuerpo tiene una sobrevida que varía según el material y la temperatura ambiente sobre el que se deposita y presenta un alto índice de contagio que conlleva en los casos graves a complicaciones pulmonares y muerte y en los leves a ser portador asintomático. De repetirse lo que ocurrió en 1918, con la gripe española, las muertes podrían llegar a los 90 millones.

Con la globalización y entre otras características la de acortar las distancias mediante los vuelos, los cambios la sociedad hemos impactado al ambiente, pero no solo a la naturaleza sino a nosotros, se produjo un cambio social, se influyó en la política y hasta en el paradigma sanitario y repercutido en los contratos en ejecución, muchos se vieron afectados en el circuito de pago, otros en la posibilidad de cumplir.

El COVID-19 conocido vulgarmente como coronavirus ha sido declarado finalmente como Pandemia, considerándose de este modo como un flagelo a enfrentar por todos los países y planteado no solo un tema de Derecho Privado sino de Derecho Público de cómo manejarnos frente a la Emergencia que ocurre y que no será solo sanitaria.

No negamos que exista un derecho de la emergencia, que tiene reconocimiento tanto teórico como jurisprudencial, pero debe entenderse el derecho de la emergencia ubicándolo en el contexto del Estado de Derecho, por lo tanto, estará limitado por este último y por las garantías constitucionales establecidas como principios fundamentales.

Para Néstor Sagúes debe encuadrarse el derecho de emergencia dentro del más amplio derecho de necesidad, cuyos caracteres esenciales devienen del derecho romano. Rechaza la postura más extrema condensada en el adagio necesitas *non habet legem*, que parece indicar que la necesidad escapa del marco del derecho, y se inclina por adoptar la fórmula más acotada aunque igualmente legitimante, que se expresa como *necesitas jus constituit*, "indicando esto que la necesidad genera derecho (el derecho de necesidad, *jus necessitatis*), que por supuesto está captado por el mundo jurídico" (SAGÜÉS, Néstor, "Derecho constitucional y derecho de emergencia").

Ante las sucesivas normativas, dictadas como consecuencia de lo que se ha denominado emergencia por la pandemia, que han originado un, continuo dictado de normas creando una legislación a veces poco clara, con vacíos, y que, además, complica y dificulta interpretación racional cuando autoridades nacionales y provinciales toman posturas no coincidentes.

La situación de crisis en la economía argentina conlleva a que nos planteemos los temas de límites del derecho de la emergencia sanitaria y económica, se presenten con un marcado interés, toda vez que las situaciones por las que el país atravesó a lo largo del pasado no siempre permitió el abordamiento de una manera desapasionada, y hoy todos estamos inmersos, de una u otra manera, bajo la tutela del derecho de la emergencia cuyos efectos perdurarán en el tiempo.

Recordemos con Acuña Anzorena que el dirigismo debe ser un factor de orden y no una escuela de anarquía jurídica y social; un método científico aplicado con espíritu de finalidad y no una experiencia caprichosa, hecha de reacciones bruscas y de peligrosos sobresaltos

Thomson Reuters

(en "Anotación al Tratado de derecho civil argentino, Fuentes de las obligaciones", de Raymundo SALVAT).

La inseguridad jurídica ha llevado a autores, como Recasens Siches, a decir que sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase y que la sala H de la Cámara Nacional Civil manifestara que "en un pretenso Estado de Derecho, donde la emergencia es la regla, la inseguridad jurídica es casi una constante... lo que verdaderamente se encuentra en emergencia es el Estado de Derecho".

Dentro de las situaciones generadas anteriormente por la emergencia económica, y que creemos es hoy aplicable podemos distinguir la extensión de los contratos por diferentes figuras de la necesidad de renegociación o de la adecuación, en que en la primera las partes manifiestan una voluntad común de negociar, de acercar sus posiciones, y, por lo tanto, se da el principio de colaboración; en la adecuación contractual, en cambio, serían de aplicación en principio los institutos tradicionales que correspondan y la configuración de extremos fácticos serán valorados por un tercero.

Al analizar los efectos que la Pandemia y la normativa de emergencia tendrán se puede aludir al principio de distribución compartida en cuanto a los efectos que se producirán sobre las prestaciones derivadas de un acuerdo contractual anterior a la sanción de dicha normativa y no necesariamente al caso fortuito o Fuerza Mayor, o al Hecho del Príncipe.

Se habla de compartir y cooperar en esto que se ha denominado riesgo contractual, aunque haya sido un riesgo no creado ni querido por las partes, sino le ha sido impuesto por la pandemia y en algunos casos por el poder de policía del Estado.

La Dra. Nicolau sostuvo en el 2002 que ante la situación que atravesaba la Argentina, era innegable que el país se encontraba en estado de necesidad, porque había inminencia de un mal grave, situación límite que admite que se cause un daño para evitar otro mayor, siempre que no haya posibilidad de evitarlo por otros medios, es decir, si se causa un daño a personas individuales para evitar un daño mayor a la sociedad en su conjunto (NICOLAU, Noemí, "Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública").

No debemos olvidar que la noción de Estado de Derecho se contrapone a la de Estado-policía y se fundamenta en la división de poderes, el principio de legalidad y la responsabilidad del estado, propugnándose como derechos superiores en su ordenamiento la libertad, la justicia y la igualdad, entre otros. Este es el límite del derecho de la emergencia.

Atilio A. Alterini, en su obra "La inseguridad jurídica", recuerda la situación que se planteó entre Federico II El Grande y el molinero Arnold en Prusia, cuando el Emperador quiso comprar las tierras a un campesino, que no estaba dispuesto a venderlas, amenazándolo con imponérselo en uso de sus poderes reales absolutos y el dueño de las tierras le dio una respuesta memorable "no majestad, no será así mientras en Prusia haya jueces", creo que la Pandemia pone a las partes y a los Jueces en el compromiso de estar a la altura de su época como sin duda lo habrían estado los Jueces en Prusia.

III. La jerarquía del contenido contractual y el dilema la extinción o la adecuación contractual

En la línea del análisis económico del derecho, la tarea de la legislación y de la jurisprudencia ante un contrato alterado en el cual esa alteración no haya sido prevista será la de maximizar racionalmente la utilidad que consistirá en imputar el riesgo a aquel que lo puede reducir o absorberlo al menor gasto.

Hemos dicho en varios trabajos que el derecho vendría a determinar *a posteriori* cómo sería el contrato perfecto si se hubiera actuado de manera inteligente en la previsión.

Pero que el derecho también actúa cuando se afecta la base o fundamento del negocio y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes, de modo que el derecho contractual tiene la tarea de reconstrucción del contrato perfecto imputando consecuencias a

Thomson Reuters

través de normas supletorias al contrato o de los principios generales.

Esa reconstrucción del contrato nos lleva a los institutos correctores que cada derecho recepta; en el caso argentino tenemos al abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, pero, sobre todo, también a la buena fe y el orden público como así también las categorías contractuales con sus particularidades según estemos en contratos paritarios de adhesión o de consumo.

Es frente a las crisis y a situaciones de cambio y ajuste donde es importantísimo el tema de la interpretación de los contratos o el de su integración, y es necesario que recordemos que son las partes las primeras facultadas a través de una interpretación auténtica a arribar a una modificación del primitivo contrato.

También hemos de tener presente la revisión e interpretación realizada por terceros pactados —árbitros o amigables componedores— o por vía judicial; debe haber conciliación y armonía en los fines individuales y los fines sociales, ya que, el contrato persigue a ambos.

Si bien no es el núcleo de estas líneas creemos necesario dejar asentada nuestra posición de que la autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria de ese acuerdo de voluntades y, por ello, consideramos que el art. 959, CCCA tiene plena vigencia para lograr la modificación del contenido contractual de mutuo acuerdo o bien será recurriendo a la figura de la transacción (art. 1641, CCCA), sosteniendo que nadie mejor que las partes para ajustar el contrato a las realidades cambiantes, respetando los principios de la buena fe y los deberes que de este principio emanan como el de colaboración.

Dado que lo que técnicamente denominamos contrato debe realizar en nuestra concepción no solo un fin económico sino ético y social, y esto se va a evidenciar en la adecuación contractual del programa de prestaciones en caso de afectación de la base del negocio jurídico, como ocurre en los supuestos que nos aquejan con la pandemia.

Generalmente aludimos a la adecuación en estos casos en los que se requiere un pedido, allanamiento u ofrecimiento del reajuste equitativo de una parte para salvar la extinción del contrato, que se producirá si no media esta decisión por estar frente a casos en los que el derecho habilito a dejar sin efecto el contrato por haberse afectado la denominada base del negocio o sinalagma.

Es decir, en todos los supuestos en que se ha producido una situación anormal, que no pudo ser prevista en el momento de la celebración del contrato, o que, como en el supuesto de la lesión, haya generado un desequilibrio potencial en el plano funcional del acuerdo, la ley admite la posibilidad del reacomodamiento que permite la subsistencia del vínculo generado con el consentimiento.

En la excesiva onerosidad la problemática no obedece a la actuación de las partes, sino que, por lo contrario, deriva de situaciones ajenas a las mismas; las diferentes teorías, pues, admiten la posibilidad de que, si las partes llegan a un nuevo acuerdo reacomodando las respectivas prestaciones, el contrato sigue teniendo plena vigencia.

Sería el juez, en definitiva, quien, para el supuesto en que las partes no logren ponerse de acuerdo respecto de las nuevas prestaciones, establecerá, mediante una sentencia, cuáles serán las nuevas obligaciones que deben incorporarse al contrato originario.

En consecuencia, las partes podrían acudir a la justicia para requerir la correspondiente resolución judicial que fije las prestaciones para que subsista el vínculo contractual. Sea que lo solicite el actor y se avenga la parte demandada, sea que la parte perjudicada solicite la resolución y la otra pida que el juez fije las prestaciones allanándose a la demanda en cuanto a la viabilidad del reajuste, en ambos casos el contrato seguirá vigente con la lógica modificación en cuanto a las prestaciones.

Es decir, que resultaba viable la oferta de modificación del contenido contractual dirigida por una de las partes para que, estableciéndose nuevamente el equilibrio en las prestaciones, siga vigente el acuerdo originario modificando solo el alcance de las obligaciones contraídas.

Thomson Reuters

IV. El incumplimiento, la imprevisión, la frustración fin y la suspensión

IV.1. El incumplimiento

El incumplimiento obligacional, es una figura de suma complejidad, uno de cuyos efectos puede ser el nacimiento de la obligación de reparar daños, si es que estos se han causado, pero, además, existen otras consecuencias que pueden producirse (p. ej., la ejecución forzada, suspender el cumplimiento del contrato, resolución, etc.).

La imputación de responsabilidad implicará:

1. El determinar si existió o no cumplimiento, en tanto hecho objetivamente verificado.

2. Establecer a quién o a qué debe atribuirse el incumplimiento, cuando ese configura: puede ser por "causas imputables" al deudor, o al acreedor, o puede deberse a una causa ajena (hecho del tercero por quien no se debe responder, o caso fortuito o fuerza mayor).

Se trate del hecho de un tercero por quien no se debe responder, o por caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento absoluto extingue la obligación sin responsabilidad de las partes, salvo que alguna de ellas deba asumirla en función de lo dispuesto por el art. 1733 del CCC.

Pero hay que señalar que puede presentarse el caso de cumplimiento parcial por causas no imputables a las partes, por caso fortuito y allí existe la posibilidad de que el acreedor reciba la prestación con los correspondientes reajustes económicos derivados de la situación, o bien que la obligación se extinga sin responsabilidad para las partes. la excesiva onerosidad sobreviniente genera para el perjudicado, si se verifican las condiciones de la ley, la posibilidad de invocar la imprevisión (art. 1091, CCC).

También tendremos el supuesto de incumplimiento temporario de la obligación cuando por causas no imputables a las partes no se puede realizar la prestación y ella no es, de plazo esencial, por lo tanto, será susceptible de cumplimiento posterior sin caer en situación de mora conforme al art. 956, CCC.

Recordemos que sostenemos la plena aplicación de la buena fe buena fe y del ejercicio abusivo de los derechos (arts. 9º y 10 del CCC).

A los fines de la resolución contractual, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato (art. 1084, CCC). Se considera que es esencial cuando:

a) El cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato.

b) El cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor.

c) El incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar.

d) El incumplimiento es intencional.

e) El incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

La resolución puede ser total o parcial, pues conforme al Código una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple. Pero los derechos de declarar la resolución total o la resolución parcial son excluyentes, por lo cual, habiendo optado por uno de ellos, no puede ejercerse luego el otro. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede resolver íntegramente el contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial (art. 1083, CCC).

En el caso de la Pandemia podremos estar en supuestos de aplicación por caso fortuito, de imposibilidad total o temporal, ya que, es un hecho externo e inevitable para las partes y deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

IV.2. La imprevisión

Fue Oertman quien puntualizó que por base del negocio jurídico debe entenderse "la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del mismo, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la

Thomson Reuters

común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial". Si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte, por ello, perjudicada debe, según su opinión, tener derecho a resolver el contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo. Es, en consecuencia, la base del negocio subjetiva, la de representación de las partes al contratar la que daría el fundamento para la teoría en cuanto se produzca la modificación de estas representaciones.

La teoría seguida en un principio por la jurisprudencia de la posguerra fue criticada por cuanto no señala de modo satisfactorio cuáles son las circunstancias que pueden estimarse como "base" de un contrato perfeccionado, con cuya imprevista desaparición la relación contractual no puede subsistir o mantenerse inalterada. Además, ello posibilitaría que se produjese una muy grande inseguridad jurídica si la modificación dependiese de una cualquiera de las partes, por más que la otra hubiese conocido en el momento de la celebración el motivo determinante de la concreción del mismo para la contraparte. Por ello, concretando las posibilidades fácticas que permitan la revisión o anulación del contrato, ha dicho Larenz: "que la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato tan solo puede considerarse como desaparición de la base del negocio en caso de que: a) ambas partes contratantes hubiesen celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por ellas (base del negocio subjetiva); b) la subsistencia de estas circunstancias es necesaria objetivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambos contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva).

Agrega el mencionado autor que no deberá tenerse en cuenta la transformación de las circunstancias que: *a*) sean personales o estén en la esfera de influencia de la parte perjudicada (en este caso opera como límite la "fuerza mayor"); *b*) repercutieron en el contrato tan solo porque la parte perjudicada se encontraba, al producirse las mismas, en mora *solvendi* o *accipiendi*; *c*) porque, siendo previsibles, forman parte del riesgo asumido en el contrato.

El contrato, como toda manifestación jurídica, es una realidad vital de conductas compartidas. La misma cláusula *pacta sunt servanda*, por su referencia a la buena fe, hace jugar al propio tiempo la cláusula *rebus sic stantibus,* pero recién la reforma de 1968 introdujo en la parte 2ª del art. 1198 del CC el instituto de la imprevisión y recordemos que la incorporación legislativa del instituto fue promocionada por la 15ª recomendación del "III Congreso Nacional de Derecho Civil", que tomó como antecedente el art. 1467 del Código italiano de 1942.

Entendemos por contratos de ejecución diferida a aquellos en que queda aplazado o postergado el momento del vencimiento o momento inicial de la ejecución. Se oponen a los llamados contratos de ejecución inmediata, en los cuales la celebración y la ejecución son simultáneas.

Son contratos de ejecución continuada los que necesariamente perduran en el tiempo, sujetando a las partes a un cumplimiento que no se agota con una prestación, sino que renacen permanentemente para las partes las obligaciones inherentes del acuerdo. Se oponen a los de ejecución instantánea donde la obligación se agota en una prestación única.

Como requisitos de aplicación podemos recordar, conforme el texto del art. 1198 del CC: *1*) que ocurran acontecimientos extraordinarios e imprevisibles con posterioridad a la celebración del contrato. Por tales debemos entender aquellos que están fuera del curso normal y estadístico, no habiendo sido posible su previsión por las partes; *2*) que esos acontecimientos ajenos a los celebrantes conviertan en excesivamente onerosa la prestación de alguna de ellas, y *3*) que quien invoque la aplicación de la teoría no se encuentre en mora ni haya obrado con culpa.

El artículo decía que el perjudicado podría demandar la resolución del contrato, que no se produciría si la contraria, conforme al último párrafo, ofrece mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Thomson Reuters

El Código Civil y Comercial Argentino actual va a regular el instituto en el art. 1091 en los siguientes términos: si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.

Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

En el caso de la Pandemia podremos estar en supuestos de aplicación por imprevisión, ya que, es un hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico para las partes y la previsibilidad contractual, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato

IV.3. Frustración del fin

Hemos dicho que esta figura afecta el rol de cooperación debida entre las partes en razón de no poder alcanzarse el motivo determinante de la celebración. No existe imposibilidad de cumplimiento sino afectación del interés de una de las partes por una causa que le es ajena, aunque se cumpliese para esa parte ha perdido su utilidad, pues no puede satisfacer el interés que perseguía, da lugar a la resolución por afectar la causa fin del contrato. La doctrina y la jurisprudencia argentinas la habían reconocido y diferenciado de los institutos del caso fortuito y de la imprevisión.

El Código Civil y Comercial lo regula en el art. 1090 que dice que la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.

La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra.

Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

En el caso de la Pandemia tendremos muchos supuestos de aplicación de este instituto que si bien fue tan discutido en Doctrina en Argentina cuenta con una norma positiva para su aplicación

La Pandemia y su despliegue sobre el contrato afecta el interés de la parte en la continuidad del negocio jurídico, pero cabe que las partes de común acuerdo decidan continuarlo o reajustar sus prestaciones ya que, este hecho extraordinario que afecta la base del negocio jurídico para las partes y la previsibilidad contractual, deberemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para tratar de renegociar en buena fe o bien extinguir el contrato.

IV.4. Suspensión de cumplimiento y tutela preventiva

El código argentino ha regulado los institutos protectorios del cumplimiento de los contratos bilaterales receptando la más moderna doctrina del contrato relacional, como decía Nicolau que se reclaman en la actualidad este prevenir el incumplimiento contractual, como un auxilio para las partes y para el sistema.

Partiendo del concepto de contrato relacional vemos que al ser el contrato un todo común, la suerte de una parte en el cumplimiento interesa a la otra y las medidas de prevención son siempre menos dañosas que el incumplimiento y contribuyen a evitar la litigiosidad que siempre resulta dañosa en costos y tiempo.

En los contratos bilaterales, las obligaciones de las partes se entrecruzan y tienen una marcada correlatividad, por cuanto ellas resultan, determinantes del compromiso que se contrae y de la celebración del contrato.

Thomson Reuters

Es decir, que estos institutos que veremos están relacionados con el sinalagma funcional en los contratos con prestaciones recíprocas a los efectos de preservar o asegurar y restablecer la coordinación y simultaneidad de las dos prestaciones contrapuestas.

Hay un principio general que está ínsito *la buena fe lealtad* que nos hace reconocer que ambas partes tienen obligaciones correlativas directamente relacionadas temporalmente, por lo cual una no pueda reclamar a la contraria el cumplimiento que le es debido, si no ha cumplido por su parte con el compromiso asumido o bien que ha ofrecido cumplirlo, o que su obligación es a plazo y con el CCC iremos aún, más allá, diremos que le asiste el derecho de suspender su cumplimiento sin entrar en mora y también de ejercer la Tutela preventiva.

Recordemos que el CC contenía los arts. 510 y 2101 y creemos que el actual art. 1031, CCC produce una reubicación de estos y es más precisos, pues, además, podrá invocarse como acción, y también de modo extrajudicial siempre que sea fehaciente.

Se ha establecido en el art. 1031, CCC la denominada Suspensión del cumplimiento, disponiendo que, en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir.

Tradicionalmente en derecho romano se reconocía la figura de la *exceptio non adimpleti contractus,* expresión latina que, significa "excepción de contrato no cumplido" y que es aplicable cuando, en los contratos bilaterales, una de las partes no cumpla con su prestación o no se allane a cumplirla simultáneamente; y la otra puede abstenerse de cumplir la suya.

Justamente Salas-Trigo Represas expresan que la *exceptio non adimpleti contractus* funciona en los contratos bilaterales en los cuales las prestaciones debidas por ambas partes se hallan en relación de interdependencia y deben ser cumplidas simultáneamente, respondiendo a principios de buena fe contractual.

Como fundamentación a estos institutos de la Suspensión de cumplimiento y de la denominada Tutela preventiva podemos enunciar entre otras

a) Teoría de la correlatividad, reciprocidad o interdependencia de las prestaciones. La excepción encuentra su fundamento en la interdependencia, conexión y simultaneidad en que deben cumplirse las prestaciones. Así, dice Mosset Iturraspe: "el fundamento de la excepción en cualquiera de sus modalidades —incumplimiento total o parcial— se encuentra en la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales". Es la ejecución mano a mano, o *trait pour trait* de los franceses.

b) Consecuencia de la buena fe de comportamiento contractual y de la equidad. El fundamento estaría en la buena fe-lealtad que debe regir la relación contractual. Es también durante la etapa del cumplimiento que las partes deben observar los principios generales de la buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Al concepto de *buena fe-lealtad,* la doctrina le ha agregado el aditamento del principio de equidad.

c) Teoría del sinalagma funcional. Masnatta ha sostenido que el verdadero fundamento de la teoría estaría dado por el sinalagma funcional, aclarando la diferencia existencial entre el sinalagma genético y el sinalagma funcional. El sinalagma genético se vincula con la existencia de una relación recíproca de justificación causal, que debe intercurrir entre las obligaciones contrapuestas que nacen del contrato en el momento de su celebración (p. ej., si en la venta falta el precio, no existe la obligación de entregar la cosa y el contrato resulta nulo).

Por otra parte, el sinalagma funcional resulta que la obligación de una parte se encuentra ligada, no solo a la originaria existencia que dio lugar al contrato, sino con posterioridad a la permanencia de esa obligación correspondiente y por ello, al cumplimiento o a la posibilidad de su cumplimiento.

Recordemos, con Mosset Iturraspe que en este tema adquiere relevancia la teoría que separa dos fases en la bilateralidad, hablando de

Thomson Reuters

una bilateralidad genética, que tiene su base en el cambio de dos promesas recíprocas que dan lugar a una conexión de obligaciones en el momento en que estas surgen y a una bilateralidad funcional que tiene relación con la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones y que influye también en el momento de su ejecución a la hora de cumplir con las obligaciones nacidas en nexo de reciprocidad.

El CCC es claro y pone fin a la polémica al decir que la suspensión puede ser deducida judicialmente como acción y no solo como excepción.

También debemos tener presente que, para algunos, estamos frente una excepción procesal dilatoria que solo posterga el cumplimiento de la prestación requerida, mientras que, para otros, es una defensa de fondo que permite la exoneración del demandado y hace procedente el rechazo de la acción.

Entre nosotros, Salas afirma que es de naturaleza dilatoria, pero no en sentido procesal, sino sustancial, porque posterga el cumplimiento del contrato no la prosecución del juicio, poniendo de relieve la inexistencia de uno de los requisitos de la acción. Por tanto, como defensa de fondo debe ser claramente opuesta, aunque no se requieren términos sacramentales, bastando que de los hechos expuestos resulte que se la pretende hacer valer".

Recordemos lo que decían Garrido y Zago de que se trata de una excepción sustancial, resultando ser un derecho contrapuesto al de la otra parte que no resulta negado, pero sí su posible exigencia temporal; aquí solamente se cuestiona la exigibilidad de ese derecho ante el incumplimiento simultaneo u ofrecimiento de la contraprestación.

Debemos reconocer que deja subsistentes las pretensiones de la contraparte, pero permite al que la invoca oponer su derecho a no cumplir y a suspender el cumplimiento hasta determinado tiempo o de no cumplir ya para siempre.

Esa correlatividad del cumplimiento de las obligaciones exige que, habiéndose pactado que deben satisfacerse coetáneamente las prestaciones que constituyen el objeto de cada uno de esos vínculos jurídicos, se lesionaría la interdependencia de tales deberes jurídicos y los enriquecimientos conmutativos que han perseguido las partes.

El instituto resulta ser dilatorio: no advenido el cumplimiento en el plazo convenido, se dilata la ejecución del deber jurídico de uno de los contratantes hasta que el otro cumpla, sin resolverse el contrato y si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación conforme lo dispone el mismo art. 1031, CCC.

Por ello, entendemos con Masnatta que estamos frente a un derecho subjetivo ínsito en el sinalagma funcional pues si no está estipulada por las partes la prestación anticipada a favor de una de ellas, cada cual puede solamente exigir de la otra la prestación simultánea e igualmente está obligado a ella. Si no la hace así no podrá demandar el cumplimiento.

Los requisitos para su funcionamiento serían: *a*) que estemos frente a un contrato sinalagmático, con prestaciones de cumplimiento simultáneo; es decir, inexistencia de plazos diferidos para el cumplimiento de la obligación de la contraparte; *b*) falta de cumplimiento por parte de una de las partes del contrato; y *c*) que la oposición no resulte abusiva.

Con respecto a la Tutela preventiva la misma está prevista en el art. 1032, CCC que establece que una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

Esta suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Esta regulación también se deriva de la lógica y del principio de la Buena fe, siendo otro supuesto de suspensión de los efectos del contrato hasta que la otra parte de garantías suficientes o cumpla con su prestación.

Thomson Reuters

El presupuesto para que funcione es que exista un grave peligro de daño si se cumple con la prestación a su cargo pues hay signos de que la contraparte no cumpliría con la suya o no, tiene la solvencia para hacerlo en este momento, estamos frente a una presunción que se podrá destruir por el interesado o bien este podrá dar garantías suficientes para asegurar el vínculo.

Estamos frente a una medida de autoprotección frente a situaciones sobrevinientes que impiden que el co-contratante pueda cumplir con la prestación a su cargo (pérdidas patrimoniales significativas no necesariamente estado de falencia, clausura del establecimiento, dificultades graves en el transporte, etc.).

La diferencia básica con el otro instituto radica en que aquí no es necesario el cumplimiento simultaneo, no tiene sentido obligar a cumplir cuando es seguro o muy probable que la otra no lo hará. Estamos frente a una suspensión temporaria que deja subsistente el vínculo y es una manifestación del moderno derecho contractual.

En el caso de la Pandemia podremos estar en supuestos de aplicación cualquiera de estos dos institutos suspensivos ya que, afecta el sinalagma funcional pero no lo extingue, y no tiene sentido cumplir y quedarse a esperar la otra prestación en un tiempo indeterminado, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto guiados por la buena fe y el ejercicio leal del derecho.

V. La renegociación y la adecuación contractual

V.1. Volviendo sobre la relación sistema económico y sistema jurídico

Hemos sostenido en reiterados trabajos que negar que exista una relación entre el Derecho y la Economía, es quizás tan utópico como negar la existencia de que la Tierra gira en torno al Sol, pero todos sabemos el tiempo que tuvo que transcurrir para que esto último fuese generalmente aceptado y las disputas que sostener tal teoría originó **(1)**.

Nadie duda que las dos disciplinas están íntimamente ligadas en la evaluación que uno haga de institutos jurídicos, y se nota evidentemente en el ejemplo del hombre que —no vive aislado—necesita satisfacer sus necesidades y se establece el intercambio de bienes, pero en nuestra concepción también debemos advertir que el contenido de los institutos jurídicos no se agota allí, sino que existe el elemento sociológico y el valorativo atinente a lo justo.

Cuando aparece en el panorama jurídico el análisis económico del Derecho muchos conceptos como el que analizáramos al escribir sobre el criterio de eficacia ligado a la actividad legislativa o a los criterios económicos ligados a la actividad industrial, han revelado tener una gran importancia en del Derecho Civil especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil y en el ámbito contractual en sus distintas fases, desde la etapa precontractual hasta la poscontractual. Pero sobre todo podemos decir que su influencia no se agota allí, sino que se lo encuentra en el Derecho laboral, el Empresarial y hasta en el Derecho Público.

Hemos destacado el rol que el análisis económico del Derecho juega en el área de prevención de daños en la responsabilidad civil o como preferimos llamarlo en el derecho de daños, sobre todo donde se entrecruza con el área legislativa, ya que, es allí justamente, cuando ha de notarse si se utilizará el criterio de la eficacia al dictar determinada regulación o no y se ponderarán otros criterios para lograr un efecto determinado en la sociedad sin abandonar el pilar funda-

(1) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "¿Sirve al legislador la teoría económica de la Eficiencia?", en Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, 1997. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "La responsabilidad por la participación en el Mercado (Market Share)" en La responsabilidad, 1995. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., " Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos la salud y el derecho de daños", en Salud, Derecho y Equidad, 2001. GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A. - GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Contratos Civiles y Comerciales. Parte General", 2014, t. 1, cap. 21.

Thomson Reuters

mental de nuestra disciplina que es la búsqueda de la justicia y también la del bien común **(2)**.

Consideramos un real acierto de la escuela del derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales, ya que, es imprescindible no tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos a partir del criterio que se centra en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

El enfoque positivo de la economía nos lleva a la descripción del mundo económico tal y cómo es y explicar, cómo determinadas medidas o variables pueden modificarlo. Justamente para estos supuestos se han elaborado modelos que ayudan a evaluar los efectos; en materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de sistemas de responsabilidad por accidentes o, p. ej., leyes que tutelen la defensa del consumidor, la tutela y el control efectivo del medio ambiente, los seguros obligatorios y una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad y en materia contractual al costo de la transacción y de la previsión de consecuencias, como así también, a la introducción de cláusulas de previsión de soluciones alternativas de conflicto.

Pero podemos o mejor dicho debemos recordar que el derecho económico y el análisis económico del Derecho no son lo mismo, esta compleja cuestión teórica posee raíces ideológicas, filosóficas, políticas y, por supuesto económicas que se conectan con el Derecho y aspiran a constituirse en fundamentos institucionales.

El llamado derecho económico o de la economía tiene raíz europea-continental y nace según los autores en la Alemania de la posguerra, en la Primera Guerra Mundial. Es Justus Hedemann; quien le imprime su sello particular, en su evolución y desarrollo que marca la ordenación de la economía asignando recursos productivos desde la óptica del denominado Estado de bienestar que tiene la característica de ser reglamentador limitando la acción individual en aras de la solidaridad social y el bien común. Tiene como meta la justicia distributiva y desde el punto de vista técnico-jurídico es una categoría abierta, se caracteriza por abarcar e interpretar conexiones entre factores sociológicos, económicos, y jurídicos controvirtiendo los clásicos criterios cerrados del Derecho.

Posteriormente se abre paso un pensamiento imbuido de la filosofía neoliberal con el paradigma del libre juego de la competencia, la subsidiariedad y las nociones de empresa, mercado y capital, inundando la década del sesenta y proyectándose hasta nuestros días.

Mientras el análisis económico del Derecho es una corriente más reciente según ya hemos expuesto y se desarrollan en escuelas de derecho americanas como la de *Yale Chicago* a través de Guido Calabresi y Richard Posner. Mantiene puntos en contacto, pero su diferencia básica esencial radica en tomar como eje la metodología respecto de la solución de conflictos de intereses, sobre la base de criterios económicos como los de valor, rentabilidad, satisfacción de necesidades, etcétera y la influencia que estos presentan en las soluciones de interpretación jurídica **(3)**.

Justamente entre otros conceptos se alude al criterio de eficacia como aquel que nos permite con un criterio filosófico utilitarista que se mueve también dentro de la concepción del mercado, la mejor asignación, den la sociedad de producir más a un menor costo.

El Derecho en sí para algunos no tiene ninguna función decisoria relevante, salvo la —no muy "pequeña"— tarea de corregir las divergencias entre costes y beneficios, externalidades y perjuicios, cuando el equilibrio no ha surgido naturalmente o se ha roto.

(2) GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "Los daños colectivos y la reparación", 1992. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "La responsabilidad por riesgo de desarrollo", en *Bioética, Sociedad y Derecho*, 2001.

(3) CALABRESI, Guido, "El coste de los accidentes", 1987. POSNER, Richard, "Economic análisis of law", 1992.

Thomson Reuters

Han acuñado para estas correcciones el concepto de los *property righs* pero con un sentido económico más amplio y diverso que el de nuestros derechos reales, cuyo análisis con detenimiento escapa al fin de este trabajo. Señalaremos que la mayor aplicación de ellos se da en dos grandes áreas que nos interesan cuales son el ámbito de los contratos y de la responsabilidad civil **(4)**.

Como vemos la ciencia económica ha ido ampliando su campo de acción abarcando o invadiendo los campos de las disciplinas sociales llegando a pretender sustituir el Derecho por el mercado y lógicamente deshumanizándolo.

Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcativos, pero, también siempre hemos defendido el rol primordial del hombre, de su dignidad como ser y no, como mero sujeto a ser tenido en cuenta como variable más.

En nuestra sociedad globalizada no es de extrañar que asistamos a un creciente interés de la comunidad científica en la Microeconomía, sobre todo para intentar, entre otras cosas, utilizar la eficiencia para describir el desarrollo del Derecho y de las instituciones jurídicas y emplearlo como criterio decisivo para elaborar o reelaborar las instituciones políticas o jurídicas y obtener determinadas opciones judiciales.

Se diría que la eficacia sirve para determinar la estructura "correcta", la conducta "adecuada" y el carácter "apropiado" de la vida económica que, en definitiva, tiñe al Derecho a través de las instituciones políticas y jurídicas o sea que tiñe a la sociedad y al hombre.

Posner ha sido uno de los defensores de esta postura como un procedimiento técnico para la utilización de los recursos económicos de tal modo que está maximizada la denominada satisfacción humana que se mide por los deseos de los consumidores en el pago de los bienes y servicios, utilizando la eficacia y otros conceptos económicos para revisar y reformar el sistema legal.

(4) Puede consultarse la compilación realizada por SPECTOR, Horacio, "Elementos del análisis económico del derecho", 2004.

Hay, sin embargo, autores como Nicolás Mercuro que critican que la eficacia sea tomada como piedra angular del Derecho y de la economía para analizar y formular las políticas jurídico-económicas.

V.2. La teoría contractual y el contrato perfecto

La ley no es la única fuente del derecho en nuestro tiempo, tal afirmación no implica negar su importancia por el rol que ocupa en la toma de decisiones y sobre todo allí se observará o no la presencia que puede tener un adecuado análisis económico en la adopción de políticas legislativas y hasta judiciales.

El contrato, tomado cuantitativamente es la fuente primordial de obligacionales patrimoniales, pero su concepto no ha permanecido inmóvil en el tiempo y ha receptado las diferentes corrientes filosóficas e históricas como puede observarse en diversos estudios sobre el tema **(5)**.

Para Macneil el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social, ya que, existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, para Posner el contrato sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección **(6)**.

La visión positiva que aporta el análisis económico del Derecho no solo es explicar, cómo es el mundo económico, sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo, se evalúa modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños contractuales, los costes o beneficios que derivan del incumplimiento, de la aseguración y de la prosecución los procesos judiciales o las vías alternativas de solución de conflictos.

(5) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A, "Contratos Parte General", 1ª ed., 1985.

(6) NICOLAU, Noemí L., "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato", en *Tratado de la Buena fe en el Derecho*, 2004.

Thomson Reuters

En el derecho moderno no podemos pasar por alto, la concepción trialista a la que adhiero y también la concepción de Ghestin que se asienta en lo útil y lo justo, se sostiene, entonces, que se le acuerda fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades si presenta utilidad social y justicia contractual. esto nos lleva directamente en el tema de lo justo a la buena fe contractual.

Tampoco podemos evitar la referencia a la cuestión interpretativa para lo cual nos remitimos a lo escrito en nuestros trabajos dado que permite encuadrar los verdaderos alcances del acuerdo de voluntades **(7)**.

Pero el Derecho tiene como dijimos, además, otro rol ya que, no se agota en lo que se apuntó *ut supra*, sino que debería llevar al equilibrio del mercado propiciando la correcta asignación, entonces, podríamos decir que el derecho de los contratos debe ser mirado y elaborado con relación a la eficiencia económica y a la equidad.

Decimos que el contrato es una creación artificial de los juristas para dar solución a la satisfacción en la adquisición de bienes y servicios y al considerar al derecho de los contratos como el instrumento para hacer efectivos y eficaces estos intercambios le es de aplicación los *property rights* como base a partir de la cual se maximice el valor de los bienes.

En el análisis económico se parte de la noción del contrato perfecto, siendo este el ideal en el cual se han previsto por las partes todas las contingencias y vicisitudes contractuales, pero se reconoce que conlleva un altísimo costo de previsión.

Estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución por ejemplo cumplimiento perfecto, imposibilidad, mora, cumplimiento defectuoso, producción de daños, etc., para imputar el riesgo a una de ellas y determinar que prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca alguno de los extremos planteados.

Se dice que contrato perfecto solo constituye un juego de ideas o una ficción a la que se recurre como referencia, ya que, los altos costes de transacción sobre todo de información solo permiten contratos cuyos riesgos estén incompletamente identificados, pero creemos que tiene una importancia práctica, ya que, representa el sistema central de referencia del legislador y la Jurisprudencia.

Shafer y Ott, consideran que el derecho contractual desde la perspectiva del análisis económico del derecho es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación ex ante a su conclusión **(8)**.

Entonces, la tarea de la legislación y la jurisprudencia ante un contrato alterado en el cual esa alteración no haya sido prevista en el contrato será la de maximizar racionalmente la utilidad que consistirá en imputar el riesgo a aquel que lo puede reducir o absorber al menor gasto.

El Derecho determina *a posteriori* cómo sería el contrato perfecto si se hubiera actuado de manera inteligente en la previsión y también cuando se afecta la base o fundamento del negocio y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes de tal modo que el derecho contractual tiene una función que consiste en gran medida en la tarea de reconstrucción del contrato perfecto imputando consecuencia a través de normas supletorias al contrato.

Señala Torres López que no solo le atañe al derecho la resolución eficiente de situaciones de incumplimiento de mala fe sino, además, los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones que se deriven incluso de la buena fe, señala también que cumple una importante función informativa que consiste en el establecimiento de las condiciones generales que

(7) GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "La Buena fe como pauta de interpretación en los contratos", en *Tratado de la Buena fe en el derecho*, 2004. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "Incidencias Parte General de Contratos", 2015.

(8) SHAFER, Hans Bernd - OTT, Claus, "Manual de Análisis económico del derecho", 1991.

Thomson Reuters

eviten la negociación particular de todas las contingencias, se superpone a la autonomía de las partes y solo cuando los beneficios esperados de un apartamiento del sistema de derecho regulado en la norma son superiores a los costes de la modificación, la regla privada contractual aparece como necesaria **(9)**.

Si pensamos en ejemplos concretos en la legislación argentina surgen inmediatamente figuras como la Teoría de la Imprevisión, frustración del fin, suspensión, las normas que establecen los alcances de la responsabilidad contractual, los institutos de la Lesión, el Abuso de Derecho, Abuso posición dominante, las normas relativas a garantías de evicción y vicios previstas por el Código civil y comercial y Ley del consumidor, etc. **(10)**.

Siguiendo a Kornhauser se puede distinguir las aproximaciones que tienen frente al caso, por un lado, la teoría económica del derecho contractual que ve a la cuestión como la redacción judicial de una cláusula omitida por las partes mientras que la doctrina jurídica al haber desarrollado categorías conceptuales tales como oferta, consentimiento, objeto, etc., con el fin de analizar y ordenar las normas de derecho contractual, realiza una tarea partiendo de clasificar un asunto como de interpretación, justificación o incumplimiento.

El reconocimiento jurídico de la libertad contractual abre a los sujetos la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter negocial según su libre albedrío y su responsabilidad, es la expresión del principio de autonomía, pilar básico para la estructura del derecho contractual como lo concebimos, recalquemos una vez más que reconocemos esta autonomía dentro de los marcos establecidos por el derecho mediante las normas de orden público y respetando los principios generales del derecho **(11)**.

En virtud de esta libertad contractual cada cual determina por sí mismo con quien quiere mantener relaciones contractuales y a que debe referirse esta (libertad de contratación) y determinan por si mismos sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora) pero desde una perspectiva económica solo estaremos frente a un contrato válido cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias **(12)**.

Este planteo lleva necesariamente a la idea de que el derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica en el sentido que para la teoría del bienestar tiene la eficiencia en la asignación del recurso.

Recordemos que las premisas del contrato perfecto son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan todos los puntos igualmente relevantes, que el contrato se ha concluido de buena fe, suponiendo que el engaño, amenazas y la influencia de poder monopolista quedan excluidas.

Indefectiblemente la reconstrucción del contrato perfecto nos llevara a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada derecho recepte, en el caso argentino tenemos una pluralidad, pero sobre todo nos guiaremos por el parámetro de la Buena fe (art. 9º, CCC) para la interpretación y ejecución de los contratos y también para su incumplimiento y readecuación.

La reconstrucción del contrato perfecto se realiza mediante la interpretación (que podría ser judicial) supliendo la voluntad hipotética de las partes teniendo en cuenta lo que ellas es habrían acordado si hubieran contratado con un comportamiento honrado, con un examen calculado de sus intereses según la buena fe, se trata según lo reseñado por Schafer y Ott de un criterio objetivo que refiere a la conducta de

(9) TORRES LÓPEZ, Juan, "Análisis económico del derecho", 1987.

(10) GARRIDO CORDOBERA, L. M. R, "Incidencias Contratos Parte General", 2015.

(11) GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "La interpretación de los actos jurídicos", Rev. Zeus, 1987.

(12) SHAFER - OTT, "Manual de Análisis económico del derecho", 1991.

Thomson Reuters

partes honradas, en colaboración leal, que hubiesen acordado observando los parámetros de buena fe y la costumbre del lugar de forma razonable y equitativa para obtener una compensación justa de intereses.

V.3. Los principios de eficacia y equidad

Creemos que en la sociedad no se vive solo de la eficacia, y todos alguna vez nos hemos preguntado, eficiencia ¿para qué?, y sobre todo eficiencia ¿para quién? ¿a qué precio? Por otro lado, ¿puede haber justicia o equidad en la ineficiencia o es esto generador de daños y de inseguridad jurídica? Ambos eficiencia y equidad son defendidos férreamente como principios en el análisis económico y en el Derecho respectivamente.

No creemos que plantearnos esta cuestión sea una pregunta retórica, sino que merece la pena ser meditada y de hecho estas cuestiones preocupan a los filósofos actuales y tienen que obligatoriamente preocuparnos a los operadores jurídicos.

En realidad el conflicto entre eficiencia y equidad es una de las cuestiones de conflicto de valores más profunda que enfrenta la sociedad actual y es un problema de difícil solución, ya que, inmediatamente pensamos en los extremos a los que puede llegar, por un lado, el *laissez-faire* y, por el otro, el intervencionismo en la protección de determinados intereses restringiendo, p. ej., la autonomía de la voluntad, como pasó en la Argentina con las leyes de emergencia de alquileres, creemos que lo más difícil es lograr el "equilibrio dinámico" en una sociedad cambiante y con un hombre demandante, no solo de bienes y servicios sino también de justicia, pero que vale la pena intentarlo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

VI. Soluciones extrajudiciales de adecuación o renegociación contractual

Creemos que en realidad la solución más eficiente y equitativa frente a las crisis económicas y a esta pandemia cuando se afecta la dinámica del iter contractual no es necesariamente es la extinción o el recurrir a sede judicial para solucionarlo sino debe procederse a la renegociación por las partes en virtud de la autonomía y autodeterminación, como así también, se podría recurrir a los medios alternativos de solución de diferencias.

Recordemos también que el CCC regula la transacción en el art. 1641 y hace lo propio con respecto a lo que denomina contrato de arbitraje en los arts. 1649 y ss., siendo esta última figura objeto de regulación en los Códigos de Procedimiento también (art. 736 y ss., Cód. Proc. Civ. y Com.).

VI.1. El proceso de la renegociación (o el volver a negociar)

Suele decirse al referirse a la dinámica de la negociación que es la ciencia que comprende el análisis sistemático de evitación y solución de conflictos y que como arte incluye las habilidades en el manejo de las relaciones interpersonales, la capacidad de convencer, de ser escuchado y escuchar, de saber que estrategia usar y como y cuando hacerlo.

Es una negociación ideal aquella en la que observaremos la presencia de interacción o intercambio entre las diferentes partes que presentan un fin común que es el de lograr un acuerdo, teniendo en claro sus respectivos objetivos y márgenes de acción en correlación de fuerzas.

Hay que distinguir si estamos en presencia de partes que estarán vinculadas por un hecho aislado, p. ej., una compraventa puntal o frente a partes que mantendrán un vínculo en el futuro, como en el contrato de suministro, ya que, en estos casos el comportamiento será distinto en cuanto a la previsión y dureza de las cláusulas y al margen de renegociación.

Debe valorarse también la existencia de contratos similares o vinculados que las partes tengan con otras personas a fin de establecer las variables que puedan entorpecer o favorecer la renegociación y la necesidad de volver a prever cláusulas especiales o hacerlo por primera vez si estamos frente a un contrato de duración que se ha visto afectado.

Es relevante tener en cuenta si estamos en presencia de partes unipersonales o plurales

Thomson Reuters

dado que en este último supuesto puede haber divergencias internas que retarden, al necesitarse la ratificación del acuerdo, la conclusión de este nuevo acuerdo y esto puede ser utilizado como arma o estrategia tanto por la parte plural como por la otra en la fijación de cláusulas que afecten el equilibrio contractual o para disfrazar una negativa.

En la renegociación hay que tener en cuenta la importancia que tiene la información y la veracidad de la misma, ya que, ello es determinante, aunque suele sostenerse que cada parte está más preocupada por sus propios intereses que por el bienestar ajeno.

Por ello, es necesario, en este proceso que cada parte internalice que podría suceder si no arriban al acuerdo, las posibilidades de perjuicios, un análisis de costos y beneficios, tiempo invertido en la renegociación y los márgenes de maniobra antes de retirarse de una negociación ya iniciada, lo importante es que cada parte sepa cuál, es la expectativa de rendimiento mínimo eficiente que persigue lograr con el acuerdo.

Recordemos que, si bien es de aplicación la Teoría de los juegos, se descarta la aplicación de la Teoría de los juegos de "suma cero" (en el que la actitud para conseguir el éxito es perjudicar al contrario) dado que consideramos que el contrato debe encuadrarse dentro de los "juegos productivos" puesto que supone ventajas para todos los protagonistas, se tiende a la cooperación para obtener un resultado común de eficiencia. El "dilema del prisionero" se supera mediante contratos vinculantes, entonces, nadie elegiría una conducta no cooperativa dado que el incumplimiento contractual genera daños y perjuicios exigibles por la otra parte conforme al orden jurídico **(13)**.

Debe haber correlación de fuerzas entre las partes ya no es posible negociar con un desequilibrio o asimetría insalvable puesto que resta interés y no reporta ninguna utilidad a la parte dominante el realizar concesiones, ejemplos de esta falta de correlación se dan en los contratos de adhesión y de consumo y, por ello, la mayor tutela de estos.

Al referirnos al poder lo hacemos teniendo en cuenta tanto el poder actual como el poder potencial, que es el que deriva de otras interrelaciones que se tengan con terceros, ya que, debe tener en cuenta en el proceso de negociación que el comportamiento de cada parte muchas veces es determinado por las acciones futuras de otros sujetos y la posible evolución de situaciones de conjunto, esto último sobre todo en el ámbito empresarial.

Abordando el clima de la negociación sabemos que esta puede desarrollarse en cooperación o discordia, según que se coordinen acciones o se obstaculicen mutuamente interfiriendo negativamente.

La cooperación es posible, aunque en realidad a una parte le sea indiferente la otra como en la compra de un atado de cigarrillos en un quiosco al paso, o se tenga presente posibles represalias, pero también existen situaciones en que la cooperación derivara de la interdependencia o la empatía.

Suele recalcarse que los contratantes y en general los individuos se comportan como actores egoístas y racionales que operan en función de sus intereses de eficiencia perseguidos, sobre todo cuando van a exigir la prestación del acuerdo contractual.

Podemos contar con la presencia de terceros que realizan ciertos estudios específicos, ellos son los asesores técnicos especializados que permiten procesar y establecer la aplicación o incidencia de la información, nos estamos refiriendo, p. ej., a informes técnicos legales, contables, químicos, de producción, marketing o ambientales, que necesariamente deberán traducirse al lenguaje común para poder ser evaluado por la parte o por ambas partes para la toma de decisiones. Suele priorizarse la mirada que se hace en lo referente a la calidad de los sujetos que la emiten, su confiabilidad y la capacidad con la que es desarrollado el tratamiento de la información.

(13) Suele sostenerse que en realidad no importa cuál es el estilo de la negociación si este es cordial, o agresivo, o si las partes dan a conocer abiertamente sus objetivos reales y márgenes de maniobra.

Thomson Reuters

El poseer información relevante o conocimientos de igual naturaleza posiciona mejor en una negociación y es también una manifestación de poder negocial, permitiendo al que la posee tomar las medidas preventivas necesarias o de acción que más le favorezcan, incorporando cláusulas especiales en el contrato o fijando estrategias.

Muchas veces la carencia de información en ambas partes es origen de conflictos o de ambigüedades que impiden avanzar con la renegociación, pero es incuestionable que otras tantas uno de ellos puede utilizar la información para demostrar superioridad o para confundir al otro sujeto.

Otro extremo que se tiene en cuenta es la reputación de las partes, es lo que en el análisis económico se conoce como "mecanismo de Goodwill" que es una forma de reducción de inseguridad que se apoya en el principio de extrapolación, el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado, este modo de análisis esta tan presente en nuestra vida cotidiana que motiva continuamente nuestras transacciones. Pensemos en el ejemplo del panadero al cual le compramos las facturas dado que las anteriores que consumimos han sido muy ricas y presuponemos que las de hoy serán iguales.

Para muchos este principio de la extrapolación, aunque útil no tiene una fundamentación científica o lógica, a pesar de que Hume pensaba que solo un demente o un bufón podría renunciar a utilizarlo y esta tan extendido dado que ante los costes de información altos para realizar un contrato perfecto los individuos en relaciones estables se apoyan en él.

Vemos que las relaciones de confianza se establecen para resolver problemas de información y ahorrar en los costes, pero hay que señalar que también, hay que tener en cuenta lo que Williamson llama el comportamiento oportunista, que se da cuando quien ha despertado la confianza en el otro —que mantiene una actitud cooperativa—, quiebra esa confianza y elige una actitud no cooperativa.

El Derecho Civil mediante el juego armónico de sus normas nos permite establecer las consecuencias de las renegociaciones tanto en la etapa de efectos contractuales afectados por el incumplimiento, nos permite reordenar al contrato cuando este ha sufrido alteraciones, fijar sus alcances y también mediante la aplicación de los actos propios, el esfuerzo compartido y o de la buena fe solucionar los conflictos que él tráfico negocial presenta a diario.

Consideramos que los conocimientos estudiados por el Análisis económico pueden ser utilizados sin significar que los criterios económicos sustituyan a los criterios jurídicos y menos aún a los Principios Generales, pero si los estimamos muy valiosos para un análisis objetivo y también muy útil para analizar la toma de decisiones tanto de las partes como de otros actores sociales pero siempre y cuando no perdamos de vista que el contrato desde el momento mismo de la negociación debe propender a fines éticos y de utilidad social y no meramente egoísta y oportunista.

VI.2. Soluciones alternativas de conflictos contractuales

En la materia contractual, área nacida del acuerdo de voluntades sanas y libres y conocida tradicionalmente como el imperio de la autodeterminación o del ejercicio de la libertad de los particulares, no es usual, aunque sí sería muy conveniente, el prever la posible existencia de conflictos derivados del acto que unió a las partes y de su solución por medios alternativos de resolución de conflictos.

Antes esta circunstancia, sin ubicarnos en el plano judicial —como generalmente siempre se ha hecho y enseñado—, vemos es mucho lo que puede aportarse desde el plano contractual; lamentablemente, esto que propugnamos solo es de uso común en los *contratos internacionales* o en los llamados "grandes contratos" realizados por grandes empresas con poderío económico y un adecuado asesoramiento técnico-legal, sobre todo creemos debido a una falta de di-

Thomson Reuters

vulgación y concientización por los operadores jurídicos.

Pero la posibilidad de dirimir los conflictos por medio de una forma alternativa es un derecho del cual gozan también los particulares en virtud de la autonomía de la voluntad, conforme a lo estatuido en el Código Civil y Comercial, y esto no debería ser olvidado jamás por los interesados, ni por los profesionales intervinientes.

Sostiene Caivano que "ello no vulnera la garantía constitucional del juez natural, ya que, si bien la Constitución Nacional organiza los tribunales estatales como el medio natural de administrar soluciones a los litigios que se susciten entre particulares, o entre particulares y el Estado, las garantías y principios que emanan de los arts. 17 y 19 permiten dejar de lado ese medio, recurriéndose a otros que operan como fórmulas alternativas. Es el propio Estado quien admite la asunción de facultades jurisdiccionales por particulares a través del arbitraje: las partes pueden voluntariamente excluir respecto de ciertos casos la jurisdicción judicial" **(14)**.

Generalmente, quien se encuentra ante un conflicto tiende a recurrir a un tercero para que este sea quien ponga fin a la cuestión, pero serán diferentes los roles que asuma cada uno de ellos: un juez, un árbitro, un amigable componedor, un mediador, u otros sujetos que pueden aparecer en las distintas formas alternativas de resolución de conflictos.

Teniendo presente la posibilidad de una eventual controversia futura, existen dos maneras de manejar previamente un conflicto desde la materia contractual.

Una es establecer mediante la cláusula compromisoria la obligación de someterse al modo alternativo de resolución a fin de poder resolver cualquier discusión que surja entre las partes con referencia a ese contrato.

La otra consiste en establecer ciertos puntos, que son los denominados *puntos sometidos,* con lo cual se evita la discusión acerca de si *esa cuestión* puede o no puede ser sometida a la solución alternativa, sobre todo cuando el conflicto —habiendo acaecido— se halle en su punto culminante y, por lo tanto, no exista el *animus* adecuado entre las partes.

Otra situación puntual a analizar es establecer en el contrato quién o quiénes lo realizarán, o bien dejarlo librado al acuerdo posterior, cuyo inconveniente estriba en que las partes, luego, logren ponerse de acuerdo sobre el ámbito o las personas que van a dirimir el conflicto una vez presentado.

Si bien el tema de las soluciones Alternativas en nuestro país se relaciona con la *Ley de Mediación Obligatoria,* al haberse establecido este sistema, volvemos a afirmar que siempre hemos basado el sistema contractual en la facultad de la autodeterminación, o sea, en la libre negociación para recurrir a la conciliación, mediación extrajudicial o al arbitraje, sin desconocer, por ello, la existencia de las normas procesales respectivas al juicio arbitral.

Vemos que son instrumentos de los cuales pueden valerse los particulares para instaurar un sistema de administración de justicia que permita resolver el conflicto prescindiendo del Poder Judicial, con mayor celeridad y menos costos.

Esta prescindencia no es absoluta, pues pueden existir diversas situaciones que exijan recurrir a un juez: la falta de cooperación de alguna de las partes para designar los sujetos, o acordar lo necesario para poner en marcha el desarrollo, la necesidad de ejercer coerción para efectivizar una medida cautelar, o producir alguna prueba, o bien la ejecución del laudo arbitral, porque una vez dictó el Laudo Arbitral, este no es espontáneamente cumplido, son algunos ejemplos.

VI.2.a. La mediación. Diferencia con la conciliación

Los términos mediación y conciliación designan formas pacíficas de solución de conflictos

(14) CAIVANO, Roque, "El Arbitraje nociones introductorias" en www.derechocomercial.com.

Thomson Reuters

mediante la intervención de un tercero neutral e imparcial sin poder de decisión.

En primer lugar, definiremos la conciliación, ya que, muchos la confunden o asimilan plenamente con la mediación. Según Gladys Álvarez y Elena Highton **(15)**, conciliación es el término que corresponde al uso natural del lenguaje que designa la acción de un tercero cuya función es avenir a las partes, proponer fórmulas de arreglo sin sujetarse a forma o estructura alguna, manteniendo las partes el poder de decisión sobre la solución de la disputa.

Dichas autoras señalan que sería aconsejable utilizar la palabra conciliación cuando el rol de un tercero comprenda la facultad otorgada por las partes, las normas o las costumbres, no solo de dar su opinión sobre la solución justa de la disputa, sino de proponer fórmulas conciliadoras.

Ambos institutos se irían perfilando cuando se acentúa la profesionalidad de la mediación, la sistematización de las técnicas y estrategias que se emplean, y el desarrollo teórico que los expertos van produciendo.

Se reserva, entonces, el término Mediación para designar al proceso no contradictorio de resolución de conflictos, estructurado en etapas secuenciales, en las que el tercero neutral conduce la negociación entre las partes, dirige el procedimiento, absteniéndose de asesorar, aconsejar, emitir opiniones o proponer fórmulas de arreglo.

Para entender el sentido de la mediación primeramente debemos tener en claro qué es el conflicto, en el que habrá siempre conductas racionales y también irracionales, conscientes o inconscientes, motivaciones y especulaciones, ya que, algo se ha desestabilizado y es necesario estabilizar. Hay que entender que la idea de ganar de los sujetos intervinientes no significa que no puedan tener intereses comunes, además de otros opuestos.

En materia contractual cobra mucha importancia el uso que se haga del lenguaje, si bien este es una cuestión convencional. En los contratos existe la libertad o autonomía en la contratación, y al utilizar palabras técnicas mezcladas con otras de uso común pueden llegar a surgir inconvenientes; por eso solemos recalcar que se explicite el significado y alcance que le damos a un término.

En caso contrario, ocurre lo que los estudiosos de la teoría del conflicto señalan como "ruidos en la comunicación", que a veces se soluciona casi espontáneamente y otras llevará a un enfrentamiento, por lo que, para superarlo, surge la figura del mediador.

Hay que saber distinguir los conflictos reales de los irreales, ya que, estos se basan en la comunicación errónea; el mediador, como primera medida, debe verificar la calidad de la comunicación entre las partes, lo que muchas veces podría haberse evitado con la intervención de los letrados intentando acercar a los contratantes. Se trata, ni más ni menos, de asignarle su real sentido a las palabras que se plasmaron en el contrato y a la conducta de las partes; porque allí donde existe lucha de poder, temor a perder prestigio, las partes no serán francas y probablemente las emociones serán tan fuertes que impedirán una comunicación eficaz, y una vez más será importante el rol de los asesores y del mediador.

El mediador aparece como una ayuda técnica cuando la negociación directa no ha tenido frutos, y su función consiste en distender el conflicto, en transformar en colaboradores a los enemigos, ya que, en este proceso ambos deben salir totalmente satisfechos con la solución a la que arribaron, las dos partes deben ganar.

Para Zulema Wilde y Luis Gaibrós, el mediador debe saber atenuar el nivel de tensión, percibir la comunicación no verbal, pensar creativamente, ser sereno, paciente, perceptivo, carecer de omnipotencia. También expresan algo muy cierto: ser un buen mediador es un gran honor para la persona, y llegar a ser un excelente mediador debería ser la meta para todos.

(15) ÁLVAREZ, Gladys - HIGHTON, Elena, "Diferencia entre conciliación y mediación", 1996.

Thomson Reuters

En realidad, el mediador es un tercero neutral entrenado especialmente para conducir una audiencia cara a cara, que utiliza diversas técnicas y ayuda a las partes a alcanzar su propia solución, quien, sin embargo, debe poseer ciertas aptitudes naturales. Al abogado le ofrece un nuevo campo de acción, con un rol preponderante y una moderna forma de ofrecer a sus clientes nuevos servicios, es decir, otros caminos más eficientes para resolver sus conflictos.

VI.2.b. El arbitraje

Conforme los principios que surgen de los arts. 17 y 19 de la CN, por un lado, y del Cód. Civ. y Com., por el otro, nos permiten optar, ante determinado conflicto, por recurrir a la justicia brindada por el Estado o bien por una solución privada, siempre que la materia objeto de la controversia no vulnere el orden público **(16)**.

El arbitraje, entonces, también es un modo alternativo de solución de conflictos, si bien los árbitros tienen una jurisdicción limitada, no tan amplia como la de los jueces, ya que, poseen la *notio,* la *vocatio* y la *iuditium,* pero carecen de la *coertio y* la *executio.*

Debe tenerse presente que siempre que se habla de arbitraje se hace referencia a la ley Mercatoria, que se basa en ciertos principios, a saber: las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; debe imperar la interpretación de buena fe de los convenios; el *pacta sunt servanda;* el deber de cooperación entre las partes; la validez de la aceptación tácita de un contrato, y la exigencia de una diligencia útil, normal y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.

El arbitraje nace normalmente a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares.

Ese acuerdo de voluntades —que genéricamente denominaremos "acuerdo arbitral" o "pacto de arbitraje"— puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos. En esta última hipótesis tendremos una "cláusula compromisoria" y un posterior "compromiso arbitral".

La cláusula compromisoria es el convenio mediante el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las divergencias a las que se refiere dicha cláusula son, al momento de suscribirla, meramente eventuales, sin que siquiera se sepa si llegarán a producirse.

A la cláusula compromisoria le son aplicables, en general, los requisitos genéricos de los contratos: tendrá que existir un consentimiento válido, ser manifestado por personas con capacidad para obligarse, versando sobre un objeto lícito y plasmado en la forma prevista por la ley.

Además, la cláusula compromisoria tiene un requisito específico, la necesidad de que exista entre las partes un vínculo jurídico más amplio, del cual puedan surgir controversias que son así la materia sobre la que recaerá el arbitraje.

Al momento en que se celebra este acuerdo todavía no existen divergencias concretas y actuales, la cláusula compromisoria está habitualmente referida a conflictos eventuales y futuros justamente para el caso en que de esa relación jurídica se suscitaran controversias, las partes prevén su solución por la vía del arbitraje.

El compromiso arbitral es el acuerdo de las partes, luego de verificado el conflicto en el que, convienen los aspectos concretos de funcionamiento del arbitraje, está referido a controversias ya existentes y no meramente eventuales y tiene por finalidad la de definir —entre otras cosas— los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver **(17)**.

(16) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A. - GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Contratos Civiles y Comerciales. Parte General", 2014, t. 1, cap. 21.

(17) Con el compromiso arbitral se completa el acuerdo arbitral y adquiere operatividad concreta la exclusión de la jurisdicción judicial y el sometimiento de las cuestiones a juicio de árbitros.

Thomson Reuters

Se mencionan como ventajas las siguientes:

1. Ser un Foro neutral: cuando un contrato presenta elementos internacionales (porque las partes son de distintos países, por ejemplo), es muy habitual someter la resolución de cualesquiera disputas contractuales a arbitraje, para que ninguna de las dos partes se vea sometida a los tribunales de justicia del país del que es originaria una de las partes. Así, el arbitraje ofrece sin duda un foro neutral para resolución de disputas, mucho menos vinculado a los órganos judiciales de un país en concreto.

2. La especialización de los árbitros: las partes pueden nombrar árbitros especialistas en la materia objeto de la disputa (construcción, seguros, energía, etc.), asegurándose así una resolución de alta calidad técnica.

3. La disponibilidad de tiempo de los árbitros*:* ante una situación de acumulación de asuntos en los tribunales ordinarios, con poca disponibilidad de tiempo por parte de los jueces, los árbitros tienen más disponibilidad para estudiar y conocer del asunto que les es sometido, por lo que su decisión podrá estar mejor fundada y ser de mejor calidad técnica.

4. La celeridad: el arbitraje conduce generalmente a una resolución de la disputa en un periodo más breve que los procesos judiciales.

5. La confidencialidad: frente al principio general de publicidad de los procesos judiciales, en arbitraje las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el procedimiento, por lo que la resolución de la disputa no tiene ninguna repercusión pública.

6. El mantenimiento de las relaciones comerciales: un proceso rápido y confidencial suele minimizar el enfrentamiento entre las partes, facilitando así el mantenimiento de presentes y futuras relaciones comerciales.

7. El carácter excepcional la de impugnación: los laudos no pueden ser objeto de recurso, pues contra ellos solo cabe una demanda de anulación por motivos formales.

8. Ejecutabilidad:los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia.

Y se señalan como inconvenientes los siguientes:

1. El mayor coste inicial: El coste inicial de un arbitraje puede ser elevado, sobre todo porque deben también abonarse los honorarios de los árbitros que van a decidir la disputa.

2. Los riesgos de una cláusula arbitral mal redactada: Las cláusulas arbitrales mal redactadas pueden acarrear muchos problemas, por lo que toda cláusula debe ser negociada y redactada con atención.

3. El sometimiento a instituciones arbitrales poco recomendables*:* En ocasiones puede haber instituciones arbitrales con poca experiencia, o creadas por intereses económicos espúreos, o vinculadas a intereses sectoriales específicos.

4. Tendencia a decisiones salomónicas: algunos expertos sostienen que los árbitros tienden a tomar decisiones que den en parte la razón a ambas partes, huyendo así de las decisiones completamente favorables a solo una de ellas. Esto podría ser perjudicial para la justicia material y los derechos de una parte que hayan sido claramente vulnerados. Muchas veces, las decisiones de estimación o desestimación parcial son en realidad el reflejo de relaciones mercantiles complejas.

De acuerdo con las características de la controversia, debe buscarse el asesoramiento adecuado para la elección de un ámbito que se adapte a las necesidades del caso y ofrezca las suficientes garantías de profesionalidad, independencia e imparcialidad y si bien implica un costo el arbitraje puede ser más económico por la celeridad con la que se resuelve la disputa, y porque no existen sucesivas instancias judiciales

VII. Exhortación final

El contrato post pandemia no debe convertirse en fuente inagotable de conflictos interminables, ni volvernos tan estrictos y duros en su

Thomson Reuters

redacción pues lo aniquilaremos. Por ello, decimos que son las partes las primeras facultadas a través de una interpretación autentica a arribar a una modificación del primitivo contrato y desentrañar sus alcances y ello, será de mucha importancia para ver la dinámica con transcendencia social del instituto.

Entramos en el campo de la modificación, renegociación y la adecuación del contrato y podemos ciertamente decir que es el ámbito más rico donde la autorregulación permitida por los arts. 957 y 959, CCC cubierta por el principio de la Buena Fe (art. 9º, CCC) jugara con los límites del Abuso del Derecho (arts. 10 y 11, CCC) de la Lesión, de la Imprevisión y el Orden Público (art. 12, CCC), debiendo y de haber conciliación y armonía en los fines individuales y los fines sociales, ya que, el contrato persigue ambos.

Como hemos dicho existen múltiples soluciones en este caso de los efectos de la Pandemia en materia de contratos y deberá estarse a un análisis de las particularidades para decidir, mirar no solo el tipo contractual, si el mismo es paritario, de adhesión, o consumo, sino la herramienta a utilizar; pero si algo tengo claro es que ello lleva un alto compromiso y que deberemos intentar estar a la altura del tiempo que nos toque vivir.

La revisión e interpretación realizada por terceros pactados —árbitros o amigables componedores— o por vía judicial debe hacerse teniendo en mira la supervivencia del contrato, su reacomodamiento buscando a veces el esfuerzo compartido para lograr el principio de la solidaridad o fraternidad contractual.

Recordemos ciertos dichos que antes se oían a menudo nadie es bueno si no es un buen hijo, un buen padre, un buen hermano, un buen amigo y un buen cónyuge a lo que Santos Briz agregaba y un buen contratante, el contrato esta hecho por y para los hombres, debe ser un hábil instrumento y puede modificarse sin perder su esencia porque el hombre y la sociedad cambian pero siempre debemos poder responder a su razón de ser de trascendencia, de ir más allá del mero materialismo de adecuarnos frente a las crisis pero conforme a la ética ¡hacemos votos para que no lo olvidemos!

Thomson Reuters

La responsabilidad frente a las conductas reprochables por COVID-19

Juan Francisco González Freire (*)

Sumario: I. Exordio.— II. Reseña sobre la responsabilidad estatal.— III. La valoración de la conducta imputable al Estado.— IV. La valoración de la conducta imputable al particular.— V. La función judicial frente a las conductas analizadas por COVID-19.

I. Exordio

La autoridad soberana que le es consignada inexorablemente al Estado en relación con la "seguridad, resguardo, tutela y/o asistencia" de todas las personas que resultan ser sus administrados (en este caso, los que habitan la Nación Argentina), conlleva un nivel de extrema prudencia en el paternal desempeño de su función, habida cuenta de que el bien jurídico protegido es, nada más y nada menos, que "la vida". Sea en forma directa o indirectamente alineada, —p. ej., garantizando el acceso a la salud pública, la seguridad jurídica, y el abastecimiento de lo indispensable, entre muchas otras— el rol Estatal juega un papel preponderante en virtud de que no existe otro poder público concentrado que lo supere en materia organizativa-Institucional.

Siendo que la seguridad jurídica consagra un eficiente Estado de Derecho **(1)**, también es el administrado quién debe guardar sujeción a ella por medio del cumplimiento de la normativa que contempla y regula las relaciones humanas. En efecto, y dado a que la sociedad basa su eje en la aplicación entrelazada de un conjunto de normas, si estas no atentan la voluntad del Constituyente deben ser respetadas por todos aquellos sujetos (físicos, o de existencia ideal) que se consideren susceptibles, tanto de

(*) Abogado, Doctrinario, Docente Universitario, director del área jurídica (suplemento) de "Obligaciones, Responsabilidad civil y Derechos de Daños) de la Editorial elDial.com; autor de Bibliografías, tales como "La Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Albremática, años 2018 y 2020, 1ª, 2ª y 3ª ed.; "El Derecho de Daños frente al COVID-19", Ed. Albremática, año 2020; coautor de "Cuestiones Procesales en el Código Civil y Comercial", Ed. Albremática, año 2018; autor de diversos artículos publicados en Editoriales El Derecho, La Ley (Thomson Reuters); elDial.com; Erreius, IJ Editores; Dialnet (Universidad de La Rioja, Logroño, España); Disertante en Colegios de Abogados y Universidades Nacionales; en Asociaciones de Abogados y Departamentos Judiciales; autor de diferentes propuestas de Reformas Legislativas presentadas ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (complementarias al proyecto de Reforma parcial del vigente Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994).

(1) Cfr. GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La Responsabilidad del Estado en función de la Legislación vigente (leyes 26.994 y 26.944)", ED, 2017-IV (14.320-14.338); en el mismo sentido, GONZÁLEZ FREIRE, "Análisis crítico de la Ley de Responsabilidad Estatal y de los artículos 1764, 1765 y 1766 del Cód. Civ. y Com.", elDial.com, DC249B, de fecha 05/02/2018, dónde se destacó "la seguridad jurídica resulta ser el pilar fundamental de un eficiente Estado de Derecho, en virtud de la puesta en marcha de las garantías Constitucionales que protegen y sustentan el resguardo legal de sus administrados. Bajo esta premisa, juega un rol preponderante la aplicación de cualquier modificación normativa, que guarde relación con los principios inalterables establecidos por el Constituyente, en función de la Legislación Nacional y de los Pactos internacionales del cual el Estado forma parte de manera voluntaria, siendo incorporados a nuestra Ley Suprema a partir del año 1994, adquiriendo jerarquía Constitucional".

Thomson Reuters

atribuirse derechos, como de contraer y cumplir obligaciones.

De conformidad con el estudio que oportunamente hemos efectuado mediante otras publicaciones **(2)**, en el presente trabajo reiteraremos el análisis tanto hacia la conducta del Estado, como del administrado ante el supuesto de sobrevenir la toma de medidas de emergencia sanitarias, tal como es el caso frente a la actual pandemia (denominada "COVID-19, o Coronavirus"), a los fines de valorar la procedencia de la conducta que configure los presupuestos legales de la Responsabilidad Civil **(3)**, forjando el deber de reparar las consecuencias dañosas que surjan del reproche activo o pasivo como evento generador.

Asimismo, finalizaremos el mismo, analizando también la función judicial frente al actual contexto pandémico

II. Reseña sobre la responsabilidad estatal

Previo a adentrarnos en las obligaciones a cargo del Estado Nacional que se aborda en la presente temática, no viene mal recordar la clase de Responsabilidad que a este le es imputable, en función de todo aquello que le compete. Por supuesto que comprenderá toda voluntad, ejercicio y/o desempeño por parte de los funcionarios que se encuentren a cargo de las distintas áreas que comprenden las administraciones Estatales, como lo son los del Poder Ejecutivo, del Legislativo y del Poder Judicial.

Antes de llevarse a cabo la última reforma hacia nuestro derecho positivo, el derogado Código Civil imprimía en materia de Responsabilidad Estatal, que "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título" **(4)**. Con relación a ello, el Estado debía responder por la conducta reprochable de sus funcionarios, como también por todas aquellas acciones u omisiones inherentes a su posicionamiento gubernamental, que generasen menoscabos hacia los particulares.

En orden a la importancia del derogado art. 1112 del Código de Vélez, nuestro Máximo Tribunal de Justicia de la Nación oportunamente se pronunció a favor de su aplicación, señalando que "La responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (...) La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Cód. Civil que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" **(5)**. En miras de sus implicancias, "sin dudas que todo lo concerniente a la forma, las causas, y alcances en que va a responder el Estado por los hechos, actos u omisiones en los que se provoque daños a los particulares (Responsabilidad del Estado), es una cuestión de profunda incidencia en la vida cotidiana del ciudadano" **(6)**.

(2) GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La valoración de la conducta hacia la configuración de la Responsabilidad Civil frente a la toma de medidas de Emergencia Nacional Sanitaria ('COVID-19, coronavirus')", elDial.com, cita DC29AD, de fecha 17/03/2020.

(3) Cfr. Ley 26.994, arts. 1716 y 1737; art. 1717; art. 1726 y arts. 1721, 1722 y 1724, del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(4) Cfr. Código Civil de la Nación —Ley 340— Libro II - De los derechos personales en las relaciones civiles - Sección Segunda - De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones - tít. IX - De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos (de conformidad con el entonces, art. 1112).

(5) CS, precedente "Vadell, Jorge F. c. Provincia de Buenos Aires", año 1984, Fallos 306:2030 y precedente "Serradilla, Raúl A. c. Provincia de Mendoza y otro s/ daños y perjuicios", fecha 12/06/2007, cfr. Fallos 330:2748.

(6) "La responsabilidad del estado provincial a la luz del nuevo Código Civil y de la ley nacional 26.944", El-Dial.com., 68545 (cfr. comentario Dr. SPACAROTEL, Gustavo, de fecha 07/07/2015).

Thomson Reuters

Ampliando su desarrollo hacia "el "deber de reparar" que pesa sobre el Estado Nacional, el mismo tiene fundamento jurisprudencial (...) donde se sostuvo que "la reparación de los daños sufridos ilícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende, protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que esta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el art. 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la CN" **(7)**. En palabras de Juan Bautista Alberdi, "... La responsabilidad de los encargados de todo poder público es otro medio de prevenir sus abusos. Todo el que es depositario o delegatario de una parte de la soberanía popular debe ser responsable de infidelidad o abusos cometidos en su ejercicio..." **(8)**.

Es, por ello, que al momento de tener que analizar la responsabilidad ligada a la actividad estatal, no podrá soslayarse la relevancia del cambio direccional emprendido por nuestro más Alto Tribunal, quién si bien al principio se encontraba reticente —salvo cuando las leyes lo hubiesen expresamente reconocido—, posteriormente modificó su postura mediante los precedentes "Devoto y Ferrocarril Oeste" (dónde reconoció la responsabilidad indirecta del Estado); como también interpretó que la misma era de corte subjetivo; llegando finalmente a la conclusión de que la responsabilidad Estatal es una "responsabilidad directa y objetiva" en los términos del art. 1112 del derogado Cód. Civil, mediante el precedente "Vadell" **(9)**. Posterior a ello se incrementó el apego al Derecho común en función de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares mediante la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los arts. 14 y 17, de la CN y que la forma de hacerla efectiva "es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria" **(10)**.

Con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento (que deroga lo establecido en el citado art. 1112 del Código Velezano), actualmente se obliga al justiciable a dirimir la responsabilidad estatal en un fuero ajeno al contemplado en el Código saliente, debiendo recurrir, incluso, a la aplicación de una Ley especial. Ello es así, habida cuenta de haberse señalado, que: a) "Las disposiciones del cap. 1º de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria"; b) "La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda"; y c) "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda" **(11)**. Resultado de ello y a pesar de que el Anteproyecto de la Comisión Redactora incluía un capítulo específico en torno a la "Responsabilidad del Estado", el Poder Legislativo estableció que la misma debía regirse mediante una codificación específica, sancionándose a sus efectos la ley 26.944 **(12)**. Sin perjuicio del fuero y/o la competencia en crisis, la función Estatal continúa siendo esencial y extremadamente relevante en lo que respecta a las necesidades y la protección de los administrados. De allí que "Cuando el Estado toma a su cargo una función,

(7) CS, "Díaz, Timoteo", Fallos 329:473 (del voto de la Dra. Argibay), en función de los casos "Santa Coloma" Fallos, 308:1160, y "Aquino" Fallos 327:3753, entre otros (citado por GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La obligación del Estado de reparar el daño en función de la responsabilidad del poder judicial (cfr. leyes 26.994 y 26.944)", elDial.com, DC232C de fecha 26/05/2017).

(8) "La responsabilidad del estado provincial a la luz del nuevo Código Civil y de la ley nacional 26.944..." (ob., cit., ElDial.com., 68545).

(9) Cfr. BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2011, t. IV, ps. 221-222.

(10) CS, "Laplacette", 1943, cfr. Fallos 195:66.

(11) "Código Civil y Comercial de la Nación —ley 26.994—", cfr. Tít. V Otras fuentes de las obligaciones. Cap. 1º— Responsabilidad civil - Sección 9ª Supuestos especiales de responsabilidad, arts. 1764, 1765 y 1766 —cfr. puntos a); b) y c), respectivamente—.

(12) Cfr. Ley 26.944 —Ley de Responsabilidad Estatal— publicada en el Boletín Oficial 32943 de fecha 08/08/2014.

Thomson Reuters

asume la obligación de prestar el servicio respectivo en forma regular, de modo que responda a las garantías que quiso asegurar, por lo que debe realizarlo en condiciones adecuadas al fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución..." **(13)**.

Entre las obligaciones que hacen al interés jurídico tutelado por el Estado, los más significativos son: el derecho a la vida, el derecho a la salud y a vivir en condiciones dignas, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la inviolabilidad de la propiedad privada, y la prohibición de la intromisión de la vida íntima del particular, entre muchas otras. Obviamente que los derechos y las garantías aquí mencionadas se relacionan intrínsecamente con el acceso de obtener una tutela judicial efectiva **(14)**. Sentado lo expuesto, en adelante solo abordaremos aquello que se relaciona con la protección de la persona en materia de "emergencia sanitaria" siendo de vital importancia el derecho a la información que los administrados tienen a los fines de resguardarse bajo el amparo de la Administración Pública.

III. La valoración de la conducta imputable al Estado

Tal como lo hemos advertido en el punto que antecede, el Estado tiene a su cargo una variada cuantía de facultades y obligaciones que la administración de justicia se encargará oportunamente de revisar al momento de tener que valorar el reproche; sea este por la arbitrariedad en la construcción y publicación del acto administrativo que lo torne ilegítimo, o bien ante un proceder —acción u omisión— que termine perjudicando el interés jurídico Constitucionalmente tutelado del administrado.

Sabido es que la función pública debe ejercerse con responsabilidad, y que el alcance del acto administrativo condiciona la vida del particular, siendo este pasible de padecer graves perjuicios al momento de subordinarse a la voluntad de quién posee poderes exorbitantes. Mayor deber de diligencia se exige cuando se deben afrontar contextos extraordinarios. No obstante, ello, y como no siempre el fin justifica los medios, la finalidad perseguida por el Estado ante una pandemia viral debe basarse en combatir su propagación. Bajo la presente línea argumentativa resultaría aceptable la toma de medidas que justifiquen el perjuicio causado, cuando su resultado evite un mal mayor (cfr. art. 1718, Cód. Civ. y Com.). En efecto, en este último supuesto el Estado de Necesidad justifica la conducta de la administración pública que lesiona el interés del particular, porque de lo contrario el mal sería mayor hacia la sociedad debido a las consecuencias que surgirían de la inacción y su relación causal (cfr. arts. 1726 y 1727, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, dentro de las obligaciones inherentes a la función pública, ante casos como el

(13) CS, "Sanchis Ferrero, Julia A. y otros c. Corte Suprema de Justicia de la Nación", S. 689, XXII, 20/05/1992, Fallos: 315:1059.

(14) RIVERA, Julio - MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2014 (Mariela Panigadi), p. 634, donde se destaca: "El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que, despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Además, la tutela judicial efectiva comprende los siguientes derechos: a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil, b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; c) a un juez natural e imparcial; d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción (el acceso a la justicia es receptado, además, en forma expresa, por lo que se tratará más abajo); e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) a impugnar la sentencia definitiva; l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; y m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable".

Thomson Reuters

presente (COVID-19) entiendo que el factor de atribución —por más que se señale como directo y objetivo— debe mediar al menos una conducta basada en culpa grave. El fundamento de ello se debe a que una pandemia no resulta ser un hecho de naturaleza ordinario o cotidiano, donde el Funcionario Público guarde pleno conocimiento de lo acontecido y de lo que va a suceder. Si bien la pandemia por el coronavirus recientemente decretada por la Organización Mundial de la Salud obliga inexorablemente a que los Estados adopten las mayores medidas posibles tendientes a resguardar la salud y la vida de la población, lo cierto es que ante este tipo de circunstancias se ha visto que hasta los países más avanzados en tecnología no pudieron dominar la dispersión del virus que en la actualidad mantiene en vilo al planeta. De allí, entonces, que no toda decisión apresurada es pasible de reproche y, no todo perjuicio, causado es susceptible de reparación, debido a que uno de los presupuestos para la configuración de responsabilidad civil no estaría dado al momento de analizarse el factor de atribución.

Si, en cambio, la situación operaría de modo contrario cuando la inacción resulte gravosa. Es decir, cuando las circunstancias ponen de manifiesto diferentes evidencias de que determinados resultados van a ocurrir y se omitan la tomas las medidas que eviten o reduzcan las consecuencias de su producción. Una especie condicionalmente ineludible de "medida preventiva" —en principio, sin necesidad de injerencia y/o imposición judicial— cuyo sustento el Legislador lo ha previsto en el vigente ordenamiento jurídico (cfr. art. 1710, Cód. Civ. y Com.). Si existe el deber de evitar causar un daño, o de agravar sus consecuencias dañosas para el particular, porque no también para la administración pública cuya modalidad de implementación incluso se justifica por el propio —e imperativo— ejercicio de su función.

De manera tal que, ante casos como el presente, la administración pública debe arbitrar las máximas medidas tendientes a combatir el flagelo. Su misión es esa. Desplegar una conducta responsable que mediante el mayor deber de diligencia posible asista las necesidades de la población, más allá del contexto social, o de la autonomía normativa de cualquier Estado Provincial. Debería ser muy evidente el reproche —y de suma envergadura— llegado el caso de existir el deber de indemnizar, pues no se estaría hablando de la reparación del daño en términos personales, sino en general, situación esta, que resultaría imposible en materia económica. Si, en cambio, podría darse el supuesto de que determinada dependencia o establecimiento Estatal incurra en un proceder reprochable donde pueda acreditarse la culpa grave del responsable del lugar en perjuicio de determinada persona, siendo esta una tarea que dependerá de las pruebas aportadas al proceso; valorándose lógicamente el contexto y las circunstancias del caso, pudiéndose apartar la jurisdicción que oportunamente intervenga de la aplicación del principio de la reparación plena (art. 1740, Cód. Civ. y Com.), y basarse en una indemnización por razones de equidad (art. 1742, del mismo cuerpo legal).

No obstante, ello, no debe perderse de vista que, a mayor tiempo transcurrido, mayor es la exigencia hacia el deber de diligencia en función de su insoslayable juicio de previsibilidad Funcional. Por lo visto, en esta clase de contextos extraordinarios opera un Estado de Necesidad, al mismo tiempo que un compromiso de previsibilidad, cuyo resultado es la verdadera razón, o la que justifica el bienestar general de la sociedad. No es lo mismo la toma de medidas al comienzo de la pandemia que a esta altura de los acontecimientos. De allí que las medidas de emergencias sanitarias han variado en medidas de políticas económicas, lo que demuestra a ciencia cierta que las necesidades de la población han mutado en materia de "bienestar social".

IV. La valoración de la conducta imputable al particular

Del mismo modo que se requiere la configuración de los presupuestos legales exigibles para la responsabilidad civil que acabamos de analizar, también lo es para el particular. Se necesita que acontezca un evento fáctico cuya relación causal genere consecuencias dañosas susceptibles de ser reparadas diferenciándose de la anterior responsabilidad en su factor de atribución. En efecto, y dado a que el sujeto particular debe extremar su conducta a las exigencias que el Estado le impone (recuérdese que estamos frente a un contexto extraordinario), la simple desobe-

Thomson Reuters

diencia lo posiciona como persona pasible de sanción. Ejemplo de ello es la sanción impuesta por los decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) de Emergencia Sanitaria 260/2020, 297/2020 (y Decretos Presidenciales sucesivos) donde se le advierte a la población que la violación a la cuarentena impuesta hacia quienes ingresan o retornan al país posterior a la reciente normativa de origen Ejecutivo incurrirán en el delito que contempla el Código Penal mediante lo establecido por los arts. 205, 239 y concs. **(15)**.

Difícilmente exista defensa en materia de responsabilidad si quién retorna al país no acata lo señalado en el DNU cuyo propósito tiende pura y exclusivamente a proteger a la sociedad. No se requiere para este caso una culpa grave en la desatención de la norma, sino solo el haber incumplido una imposición legal, cualquiera sea su causa. Y si la justicia penal lo encuentra culpable, la justicia civil no puede desconocer la existencia del hecho principal, ni la autoría del imputado. Es decir, que el hecho ilícito ocurrió y que el sujeto es su autor; circunstancia donde opera el Instituto de la "Prejudicialidad", a cuyo oportuno análisis me remito **(16)**.

Ahora bien, en lo que respecta al deber de reparar el daño causado, entiendo que se trata de una responsabilidad basada en un factor subjetivo de atribución, debiendo ser el sujeto damnificado quién pruebe las consecuencias lesivas originadas por la conducta del sujeto dañador. Quién busque la reparación del perjuicio causado debe acreditarlo; y así exista una condena en sede penal por haber incumplido lo impuesto en el dec. 260/2020 (la violación de la cuarentena) la posición de víctima no lo exime de acreditar la conducta del sujeto dañador a los fines de que el juez civil tome conocimiento de cual, o cuales son los rubros pasibles de indemnizar (arts. 1716, 1737, 1738 y 1739, Cód. Civ. y Com.) pudiendo aplicarse en este caso, el principio de la reparación plena (art. 1740, Cód. Civ. y Com.). Va de suyo, entonces, que los extremos comprobados en sede penal —relacionados con la violación de la normativa— no reúnen necesariamente los requisitos para tener por probados la cuantía del daño, siendo que este debe apoyarse en pruebas concretas de que es el imputado quién le generó el perjuicio. Es decir, la existencia de un nexo causal ininterrumpido entre la violación de la cuarentena y las consecuencias jurídicas resarcibles, cuyo daño revierta suficiente entidad.

En materia de responsabilidad civil, cabe precisar que el perjuicio causado (el daño) no debe ser hipotético o eventual, sino concreto. El damnificado debe acreditar las consecuencias dañosas y lo que estás generaron en su vida (llámese una alteración en su proyecto de vida, un detrimento espiritual, un menoscabo en su psiquis, o un perjuicio material, posicionado como un daño emergente, o una pérdida de chance en sus ganancias), a excepción de un lucro cesante, donde generalmente si existe relación de dependencia y no es una causa imputable al propio damnificado, en principio el empleador debe seguir afrontando el pago de su remuneración mensual. Asimismo, también operan algunos supuestos de causales de justificación por parte del sujeto dañador, que a mi entender si hubo dolo en el incumplimiento de la normativa, no podría invocarlos (art. 1722, Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a la reparación del daño —su cuantía—, he sabido resaltar oportunamente **(17)** que desde una perspectiva jurídica se entiende a la indemnización "como un resultado, efecto o repercusión del daño como lesión o detrimento a la persona, al patrimonio o un derecho de incidencia colectiva; cuyo objetivo es reestable-

(15) Cód. Penal de la Nación, art. 205.— "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia"; y art. 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal".

(16) GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La acción civil y la acción penal en materia de Responsabilidad. La prejudicialidad en el Código Civil y Comercial", Revista Doctrina Judicial, LA LEY, 28/12/2016 [52]; Idem, GONZÁLEZ FREIRE, Juan F., "La prejudicialidad establecida en el nuevo Código unificado: análisis crítico hacia las excepciones que suspenden el dictado de la sentencia civil y su posterior revisión, ED 2017-IV (14.193, 14.213).

(17) GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La reparación del daño como consecuencia de su producción en el Código Civil y Comercial", elDial.com cita DC23F9, de fecha 10/02/2017.

Thomson Reuters

cer a la víctima a la situación anterior al hecho dañoso, fundada en la noción de justicia" **(18)**, su finalidad es resarcitoria. Al respecto, se señala que "la indemnización" tiene carácter patrimonial porque consiste en una obligación de dar (dinero o cosas), o de hacer (reparar el daño, publicar la sentencia condenatoria por daños a la intimidad, etc.). Se sostiene que es subsidiaria porque la víctima puede optar por la reparación en especie, aunque con los alcances que fija el art. 1740. Se acota también que es accesoria porque su existencia depende de una obligación previa incumplida, sea que se sostenga que se trata de la misma obligación precedente o que esta modifique su objeto y se convierta en indemnización de los daños causados, tal como lo prevé el art. 955 para la imposibilidad de cumplimiento contractual por causas imputables al deudor **(19)**.

En síntesis, si al analizar los presupuestos legales exigibles para la configuración de la responsabilidad civil existen relación causal (art. 1726, Cód. Civ. y Com.), una conducta antijurídica (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), un factor de atribución (arts. 1721 y 1724, Cód. Civ. y Com.), y un daño resarcible (arts. 1716 y 1737, Cód. Civ. y Com.), la reparación del perjuicio será insoslayable, quedando a criterio de la jurisdicción la cuantía del resarcimiento. Sin perjuicio de lo expuesto, ya sea por responsabilidad del Estado, o por la del particular, la delicada situación por la que atraviesa el País termina siendo mucho más grave, en virtud de acontecer supuestos donde se generan menoscabos patrimoniales, o extrapatrimoniales. No es lo mismo una acción de daños y perjuicios de naturaleza contractual o aquiliana basada en circunstancias ordinarias (p. ej., las lesiones que se generan mediante un accidente de tránsito), que las consecuencias de una pandemia viral en plena incertidumbre de tratamiento y curación. En esta última figura se encuentra en juego la constante libertad ambulatoria de la humanidad, la salud, la integridad personal e incluso "la vida" de quienes sin siquiera quisieron ser parte del contexto que motivó su contagio. De allí que la necesidad de obrar con suma prudencia y mayor diligencia posible hará que disminuya gradualmente el riesgo latente por el que atraviesa la sociedad y subsidiariamente el mundo en general.

V. La función judicial frente a las conductas analizadas por COVID-19

La intención del presente estudio no tiende a la formulación de críticas infundadas, ni mucho menos a generar discrepancias por medio de apreciaciones subjetivas holgadas. Todo lo contrario, y así como se tutelan intereses en distintos órdenes de la vida, cada acción u omisión jurídica o antijurídica es susceptible de ser revisada por la administración de justicia. El problema se suscita cuando esa administración encuentra limitada su función; y cuando esa restricción obedece a circunstancias o acontecimientos extraordinarios. Es decir, a aquellos supuestos donde se equipara, la vida del justiciable, con la vida de los judiciales, encontrándose ambos en el mismo umbral de riesgo y de necesidades. No importa en este caso "donde" se desempeña cada uno de los individuos, sino "como" puede desempeñarse. Y la pandemia COVID-19 pone en la misma línea de peligrosidad a todos por igual, sin discriminar personas en razón de su sexo, edad, religión y condición social.

Ahora bien, no toda opinión es objetiva, ni todo lo objetivo es sinónimo de certeza. Los contextos muchas veces se critican, pero en su desarrollo existen realidades ajenas al conocimiento de la gente. En efecto, y bajo un entorno generalizado, la administración de justicia siempre ha sido materia de reproches y cuestionamientos. Salvo los supuestos —generadores indiscutibles de responsabilidad— enunciados en el punto anterior, el Poder Judicial cuenta con las mismas atribuciones económicas que viabilicen su ejercicio, al igual que los demás Poderes del Estado. No obstante, ello, el Poder que revisa y juzga los actos de la sociedad y del resto de los Poderes del sistema Republicano siempre se posicionó en un umbral inferior en cuanto a las necesidades que posibiliten un mejor servicio de justicia.

El "servicio de justicia" debe verse y entenderse como tal. Un Poder Estatal que, al mismo

(18) Cfr. ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 2ª ed., ps. 260 y 732.

(19) LORENZETTI, Ricardo, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, ps. 482-483.

Thomson Reuters

tiempo de ser riguroso, equitativo y firme al momento de juzgar, también sea un canal de contemplación y tutela. Pero ese servicio de justicia al que hacemos alusión no está integrado por robots, sino por personas. Seres humanos que, al igual que el resto de la sociedad, se desempeña dentro de las posibilidades económicas que el Estado pone a disposición de los administrados. Y es interesante que ello sea visto de este modo, habida cuenta que el presupuesto y/o los fondos que son destinados a su funcionamiento muchas veces resultan ser insuficientes. Ejemplo de ello es la carencia de insumos, y el abarrotado y apremiante contexto físico-edilicio que padecen los Tribunales de Justicia, debiendo desarrollar sus tareas cotidianas muchas veces en forma desorganizada y desprolija.

El COVID-19 llega en momento de bajas defensas. No solo por el riesgo que genera el propio contagio del virus, sino por el colapso que la administración de justicia viene soportando en virtud de padecer un sistema crítico y vulnerable, relacionado con el esfuerzo de todos los que trabajan en su administración. No voy a adentrarme en algunos supuestos cuyo ejercicio jurisdiccional resulta altamente cuestionable, pues ello no se condice con el verdadero servicio de justicia al que se hace alusión. Solo vamos a mencionar al riesgo que corren quienes se desempeñan en él, valorando su trabajo; poniendo su mayor esfuerzo, e intentando crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones con dignidad y esmero. Aquellos empleados y funcionarios que día a días ponen en riesgo su salud y su vida, sin tener el apoyo suficiente por parte del resto de los Poderes del Estado, obligando al Poder Judicial a ejercer sus funciones de manera limitada, por medio de ferias extraordinarias. Restricción por cierto que obliga la puesta en marcha de un desempeño jurisdiccional que también se lastima así mismo. No hay justicia cuando esta no opera, ni mucho menos lo habrá cuando se posterga su funcionalidad.

El "error" y/o el "anormal funcionamiento" que generan el deber de responder (conforme el punto precedente) distan por completo de la actual situación. El virus se propaga en cualquier ámbito, y el Poder Judicial no se encuentra exento. Sin perjuicio de ello, debe buscarse una definitiva solución que no impida, o limite el libre ejercicio de derechos y obligaciones de la sociedad. Y recurrir —es decir, acceder— a la justicia es un derecho indispensable que no puede verse restringido "indefinidamente".

No obstante, el riesgo de contagio del virus está a flor de piel. Sabido es que las mesas de entradas de los Tribunales de Justicia siempre se han visto colmadas de profesionales (y de partes). Si bien en algunos casos existe inoperancia, en la mayoría de ellos es el propio sistema quién la vuelve lenta e ineficiente. Este último término no se enfoca desde el punto de vista del desconocimiento jurídico, sino desde una operatividad exigible al justiciable, pero que todavía no resulta ser correctamente funcional. Y a medida que pasa el tiempo ese requerimiento adquiere mayor relevancia, cuando parte de los profesionales terminan en el desconocimiento pleno del propio ejercicio de su función. No porque lo ignoren, sino por las súbitas imposiciones técnicas implementadas en el marco de una pandemia.

El peligro generado por el COVID-19 está, y estará latente por mucho tiempo, sin diferenciar la categoría entre empleados y funcionarios judiciales. Y ambos significan vidas humanas del mismo modo que el resto de la sociedad. El problema radica en la limitación del ejercicio jurisdiccional y de la necesidad de acceder a determinados actos y/o resoluciones judiciales que importan la suerte de muchas personas. No obstante, ello, estamos convencidos que la actual pandemia encuentra un enemigo letal, cuyo nombre se denomina "presupuesto". En efecto, y dada la exigencia de la sociedad, el Poder Judicial debe contar con un mayor presupuesto que le permita no solo abastecerse de insumos, elementos y actualización tecnológica, sino de protegerse de la propagación del virus a los efectos de retomar el ejercicio judicial. Y a excepción de las personas que son consideradas de riesgo, el resto debe continuar con su labor cotidiana, a sabiendas de que a través de sus funciones depende el bienestar y la seguridad de la gente.

Finalizando, considero que también resulta oportuno destacar la tarea de muchos funcionarios que no dan a conocer su ardua labor, pero que trabajan ininterrumpidamente. Aquellos que se encargan de impartir justicia a pesar de que el virus no les teme a las imposiciones

Thomson Reuters

legales, ni a la normativa. Y si bien existen supuestos que posicionan a la administración de justicia frente al deber de reparar el daño cuando su funcionamiento resulta ser anormal con relación al ejercicio cotidiano, en el extraordinario caso que nos ocupa merece ser resguardada para poder funcionar acorde a las circunstancias. Estimo prudente señalar, entonces, que la solución no debe apegarse a la prórroga de ferias indefinidas (acompañando las decisiones del Poder Ejecutivo), ni limitando su acceso, sino de abastecerla con la mayor entrega posible de insumos y elementos que le permitan atender y preservar su salud; pues del bienestar de quienes integran el Poder Judicial depende la suerte de quienes resultan ser vulnerables; exhortando un insoslayable servicio de justicia.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

ACTUALIDADES

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Actualidad en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal

Horacio J. Romero Villanueva

Sumario: I. Corte Suprema de Justicia de la Nación.— II. Cámara Federal de Casación Penal.— III. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.— IV. Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.— V. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.— VI. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.— VII. Superiores Tribunales de Provincia.

I. Corte Suprema de Justicia de la Nación

I.1. Proceso Penal: Acción. Prescripción. Homicidio culposo. Interrupción. Principio de legalidad. Actos interruptivos

La CS en la causa CSJ 2148/2015/RH1, caratulada "Farina, Haydée S. s/ homicidio culposo" (rta. el 26/12/2019), resolvió por mayoría conformada por los ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, hacer lugar al recurso extraordinario federal interpuesto por imputada y dejo sin efecto la sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que había confirmado el rechazo del planteo de prescripción formulado y sobreseerla por el delito de homicidio culposo por el que había sido condenada sin sentencia firme. Asimismo, declaró que la doctrina judicial de la Corte Suprema referida a la interpretación del art. 67, inc. e) del Cód. Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales del país.

En la causa, el Alto Tribunal había suspendido en dos ocasiones el trámite de la queja deducida por la defensa de la imputada contra la sentencia que había condenado por la que se condenó a la nombrada a la pena de dos años de prisión en suspenso, indicando que debía analizarse en sede local la vigencia de la acción penal a partir de la causal de interrupción de la prescripción prevista en el art. 67, inc. a) del Cód. Penal (comisión de otro delito). Pese a ello, en ambas ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, a pesar de haber constatado que la imputada no había cometido nuevos delitos, convalidó decisorios que rechazaban el planteo de prescripción deducido por la defensa con base en una interpretación extensiva de lo establecido en el inc. e) del artículo citado (dictado de sentencia condenatoria no firme), entendiendo que el decisorio del Tribunal de Casación Penal provincial que confirmó la condena debía ser considerado como una "secuela de juicio" interruptiva del curso de la prescripción.

En el fallo dictado en el día de la fecha, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la interpretación ensayada por el superior tribunal de justicia provincial violentó el principio de legalidad al exceder el límite de la interpretación posible del texto legal en perjuicio del imputado. En esa dirección, el máximo tribunal de la República recordó que la propia Corte había establecido la recta interpretación constitucional sobre la norma en estudio en reiterados precedentes dictados en el marco de incidentes provenientes del fuero penal ordinario de la provincia de Buenos Aires, destacando que la insistencia de la Suprema Corte de dicha provincia en sostener su propia doctrina violatoria del principio de legalidad en contra de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de la Nación sobre la cuestión importaba un alzamiento contra la autoridad de este tribunal, en su carác-

Thomson Reuters

ter de último intérprete de la Constitución Nacional. Siendo que, además, en el caso concreto, el tribunal provincial desoyó las claras y precisas directivas emitidas por la Corte Suprema en las dos oportunidades en las que reenvío las actuaciones para que se expidiese en orden a la vigencia de la acción penal, oportunidades en las que indicó que solo podía tomarse en consideración la causal interruptiva prevista en el inc. a) del art. 67 del Cód. Penal.

Finalmente, la Corte recordó la estrecha relación entre el instituto de la prescripción y el derecho de los justiciables a ser juzgados en plazo razonable, destacando que en el caso, la circunstancia de que el procedimiento recursivo se haya prolongado durante más de catorce años (por motivos no atribuibles a la imputada) excede todo parámetro de razonabilidad de un proceso penal, motivo por el cual no correspondía disponer una tercera suspensión de las actuaciones sino poner fin definitivamente al proceso dictando el sobreseimiento de Haydeé Susana Farina por haberse extinguido la acción penal por prescripción.

El ministro Carlos Rosenkrantz, en disidencia parcial, declaró procedente el recurso extraordinario y declaró extinguida por prescripción la acción penal respecto de la imputada y correspondía decretar el sobreseimiento de la imputada, toda vez que incluso tomándose por válida la interpretación del art. 67 inc. e) del Cód. Penal efectuada por los tribunales bonaerenses, de todos modos había transcurrido el plazo de cinco años de prescripción previsto para el delito imputado sin que se hubiese dictado una sentencia firme. Circunstancia que, a su entender, tornó innecesario un pronunciamiento de esta Corte Suprema sobre la interpretación "de constitucionalidad harto dudosa" de los tribunales locales sobre la norma citada.

Agregó, no obstante, que cuando la Corte revoca una sentencia con fundamento en que la inteligencia asignada a una norma de derecho común es incompatible con la Constitución Nacional y en virtud de ello adopta una interpretación diferente, la decisión resulta de seguimiento obligatorio por el resto de los tribunales del país a menos que estos acerquen nuevas y fundadas razones para demostrar claramente su error e inconveniencia, en cuyo caso el Tribunal debe considerar esas razones. Por consiguiente, la determinación del alcance de una norma de derecho común por parte de la Corte Suprema no puede asimilarse al ejercicio de una función casatoria o unificadora de jurisprudencia.

II. Cámara Federal de Casación Penal

II.1. Proceso Penal: Prisión domiciliaria. Pautas de morigeración. Aplicación de las pautas del Código Procesal Penal Federal. Reenvío. Revocatoria del rechazo

La sala 1ª de la CFed. Cas. Penal en la causa CPE 529/2016 - A)/TO1/59/CFC40, caratulada: "M., C. s/ recurso de casación" (rta. el 23/12/2019), resolvió, con el voto mayoritario de los jueces Diego G. Barroetaveña y Daniel A. Petrone, hacer lugar al recurso de casación de la defensa y anular la denegatoria del prisión domiciliaria del encausado y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento, toda vez que con el dictado de la resolución 2/2019, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal dispuso que se implementen diversas normas del aludido digesto para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional, y entre las normas señaladas en dicha resolución se encuentran las de los arts. 221 y 222, que regulan lo referido al resguardo de la libertad del imputado en el marco del proceso penal, puntualmente en relación con la zona de colisión entre el principio de inocencia y la necesidad de conculcar el peligro de fuga o entorpecimiento, y las medidas de coerción establecidas en el art. 210 del nuevo catálogo procesal que tienen como finalidad incorporar medidas alternativas o sustitutivas a la privación, expresando de tal modo la necesidad de que los Estados hagan uso de otras disposiciones cautelares que no impliquen la privación de libertad de los acusados mientras dura el proceso penal, por lo que, no obstante no se verifiquen los supuestos previstos en los arts. 10 del Cód. Penal ni 32 de la ley 24.660, si luego de ponderarse íntegramente los riesgos procesales es posible sostener que el arresto domiciliario resulta suficiente para que aquellos puedan ser neutralizados, la adopción de esa medida debe ser tomada en consideración.

Thomson Reuters

En cambio, el voto en disidencia de la jueza Ana María Figueroa consideró que la decisión impugnada debía ser descalificada en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, pues los informes reunidos en estas actuaciones han dado cuenta de la incidencia que el encierro ocasiona en al estado de salud del encausado y de tal modo, resolver a favor de la petición de morigeración de la privación de la libertad efectuada por la defensa, pone fin a la situación de agravamiento de las condiciones de detención del nombrado, advirtiéndose que lo resuelto por el *a quo* luce desprovisto de sustento, en la medida en que no se han evaluado la totalidad de los elementos obrantes en el expediente, necesarios para adoptar una decisión de conformidad con las exigencias de fundamentación que emanan de los arts. 123 y 404, inc. 2º del CPPN y de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino en materia de salvaguarda de los derechos de las personas privadas de la libertad, por lo que corresponde conceder la prisión domiciliaria al encausado.

II.2. Hábeas corpus: Agravamiento de las condiciones de detención. Incumplimiento de la orden de desalojo del gimnasio. Salidas recreativas. Selección de internos para permanecer en el pabellón de autodisciplina. Control jurisdiccional

La sala 2ª de la CFed. Cas. Penal, en la causa CCC 81259/2018/5/CFC3 caratulada "T., G. s/ hábeas corpus" (rta. el 20/12/2019), con el voto de los jueces Ángela Ester Ledesma, Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar, resolvió hacer lugar al recurso de casación deducido por la Procuración Penitenciaria de la Nación y la Comisión de Cárceles de la Defensoría General y anular la decisión que rechazo el hábeas corpus y dispuso ordenar que se deje de ubicar internos de la cárcel de Marcos Paz en un área que está destinada a servir de gimnasio del complejo penitenciario.

Ambas entidades habían cuestionado que el juez de hábeas corpus no adoptara ninguna medida para hacer efectiva la orden de desalojo del gimnasio del Complejo Penitenciario de la Ciudad de Buenos Aires dispuesta por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, que se encuentra firme.

El tribunal resaltó que la decisión del magistrado de alojar a los internos en el gimnasio configura una grave vulneración del Estado en brindar condiciones de detención adecuadas y convierte al alojamiento en un trato cruel, inhumano y degradante.

Al respecto, recordaron que el art. 18, CN establece que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Para anular lo resuelto en primera instancia, los jueces citaron las Reglas de Mandela, que establecen que todo recluso que no desempeñe un trabajo al aire libre dispondrá, si las condiciones meteorológicas lo permiten, de al menos una hora al día de ejercicio físico adecuado al aire libre; y que los reclusos jóvenes, y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello se pondrán a su disposición el espacio, las instalaciones y el equipo necesarios (Regla 23).

También mencionaron al caso "Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay" de la CIDH, donde aquel Tribunal internacional afirmó que "frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia".

En este entendimiento, los jueces han circunscripto el análisis a una mirada paliativa que no es consistente con los principios de orden superior antes mencionados, máxime cuando existían órdenes judiciales previas que disponían el cese de los actos lesivos.

II.3. Proceso Penal: Acción. Prescripción. Garantías. Plazo razonable. Funcionarios públicos. Venta de terrenos estatales

La sala 3ª de la CFed. Cas. Penal en la causa CFP 6219/2001/TO1/CFC7 del registro de esta sala, caratulada "Menem, Carlos S. y otros s/ recurso de casación" (rta. el 27/12/2019), resolvió,

Thomson Reuters

con el voto en mayoría de los jueces Eduardo R. Riggi y Liliana E. Catucci, hacer lugar al recurso de casación intentado por la defensa de los imputados contra el fallo condenatorio por el delito de peculado en la venta del predio de la Sociedad Rural Argentina en la década del 90 del siglo y ordeno el sobreseimiento del expresidente, su ministro y con, conjuntamente con otros coimputados a raíz de la venta del predio de La Rural.

En sus fundamentos resaltaron que, después de 28 años, era necesaria la prescripción de la acción judicial por lesionar la garantía de "plazo razonable".

En cambio, el voto en disidencia del Juez Juan Carlos Gemignani, se opuso al criterio mayoritario por considerar que es imposible la extinción de la acción penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

II.4. Estupefacientes: Suministro de estupefacientes a título gratuito. Facilitación de un lugar para que se lleven a cabo conductas en infracción a la ley 23.737. Agravantes. Persona menor de edad. Homicidio culposo. Situación de vulnerabilidad de la víctima. Concurso de delitos

La sala 4ª de la CFed. Cas. Penal en la causa CCC 46616/2016/TO1/7/CFC8, caratulada "Andanese, Walter L. y Statella, Daniel A. s/ recurso de casación" (rta. el 17/12/2019), resolvió con el voto unánime de los jueces Gustavo M. Hornos, Mariano Hernán Borinsky y Javier Carbajo, el recurso de casación intentado por la defensa contra la sentencia condenatoria decretada por el tribunal de juicio por el delito de suministro de estupefacientes a título gratuito, facilitación de un lugar para que se lleven a cabo conductas en infracción a la ley 23.737, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de una persona menor de edad, y homicidio culposo, todo en concurso ideal.

A juicio del tribunal de casación la sentencia condenatoria estaba debidamente fundada si del extracto de los testimonios y en consonancia con la prueba documental incorporada por lectura, es posible afirmar la concurrencia de diversos factores que permiten atribuir el suministro de estupefacientes por parte del imputado a la víctima dentro del establecimiento, del cual era uno de los dueños, "la máxima autoridad" del local la noche de los hechos, asimismo, de los testimonios surge que el encartado no solo tuvo encuentros esporádicos a lo largo de la noche con la víctima, sino que también se quedó con ella luego de cerrar el lugar y pagarle a sus empleados, por un lapso aproximado de media hora.

Debe ponderarse la especial situación de vulnerabilidad en la cual se encontraba inmersa la víctima, quien tenía quince años de edad, carecía de dinero y fuente legítima para obtenerlo y de un sostén familiar que le permitiese, como mínimo, solventarse por sus propios medios, incluso para la adquisición de los estupefacientes que consumía.

El *modus operandi* del imputado permite afirmar que el suministro no era ocasional —requisito típico necesario para que la conducta configure en la denominada convite entre adictos—, sino que más bien se repetía continuamente a los fines de lograr sus deseos sexuales.

Debe rechazarse la alegada violación al principio de congruencia si no se verifica una afectación a su derecho de defensa, en razón de que no resultó alterada, a lo largo del proceso penal en su contra, la base fáctica que conformaba la acusación.

Resulta absolutamente previsible la posibilidad de producción del resultado lesivo que se le imputa si el agente conocía que la víctima era menor de edad, su estado de vulnerabilidad y su contexto, e, intencionalmente, la colocó en la descripta situación de grave alteración en su salud que implicaba un palpable riesgo para su vida.

Cabe ponderar como agravante, respecto a la figura prevista en el art. 5º, inc. "e", ley 23.737, la naturaleza del hecho por el que han sido responsabilizados los acusados, y, principalmente, la extensión del daño producido en consecuencia —muerte de la víctima menor de edad—, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se llevaron a cabo las conductas que se les atribuyeron a cada uno, y que revelaron la entidad cuantitativa de lo gravedad del concreto injusto cometido.

Thomson Reuters

La gravedad del hecho se manifiesta en la muerte de una niña menor de edad como producto de un *modus operandi* totalmente abusivo por parte de los acusados, quienes, a sabiendas de las circunstancias socioeconómicas, de vulnerabilidad y de inestabilidad emocional que enmarcaban la vida de la víctima, optaban por afectar su salud y corromper su normal desarrollo en pos de obtener beneficios sexuales por el suministro de drogas.

III. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal

III.1. Delitos contra la libertad: Trata de personas. Explotación laboral y sexual. Agravado. Organización. Procesamiento

La sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa CCCF, sala I CFP 3613/17/30/CA9, caratulada "U. J. y otros/ procesamiento con prisión preventiva" (rta. el 15/01/2020), resolvió confirmar, con el voto conjunto de los jueces Pablo D. Bertuzzi y Leopoldo O. Bruglia, el auto de procesamiento —con prisión preventiva— impuesto por el juez de instrucción al imputado en orden a los delitos previstos en el art. 145 ter, incs. 1º, 4º, 5º y ante último párrafo del Cód. Penal.

El hecho investigado que motivo la intervención del tribunal consistió en haber formado parte, en carácter de organizador o líder junto con otros coimputados, de una organización criminal, sostenida en el tiempo, destinada a realizar, al menos, las actividades ilícitas desarrolladas a continuación: captar, trasladar, acoger y explotar sexualmente al menos a 65 mujeres, que por su condición de migrantes, menores de edad o pobreza se encontraban en situación de vulnerabilidad, para explotarlas sexualmente en locales nocturnos de CABA.

En sus fundamentos destaco que el auto de procesamiento se encontraba debidamente fundado en las probanzas arrimadas al sumario, entre otras, el propio reconocimiento del imputado de su condición de administrador de uno de los locales nocturnos, la camioneta utilizada por él, la investigación preliminar llevada a cabo por la fiscalía especializada, la registración como domicilio fiscal alternativo aquel donde se ubicaba emplazado el prostíbulo, y la identificación por parte de la Dirección General de Fiscalización y Control del GCBA, en dos oportunidades

Como apoyatura documental de ello, se cuenta, como muestra de los tantos mencionados por el *a quo,* con los contratos de locación de distintos inmuebles, quién fuera identificada como víctima en reiteradas oportunidades y la conversación telefónica que mantuvieron el procesado en la que tras mencionar un evento público.

III.2. Estupefacientes: Tenencia con fines de comercialización. Ingesta en el cuerpo de la víctima de estupefacientes con fines de tráfico. Ausencia de recaudos médicos. Homicidio criminis causae. *Tipicidad*

La sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal se pronunciaron, en la causa CFP 15065/20174/CA2, caratulada "B., R. F. s/ procesamiento y prisión preventiva" (rta. el 22/01/2020), resolvió confirmar, con el voto en conjunto de los jueces Martín Irurzun y Mariano Llorens, el procesamiento del encausado —con prisión preventiva— impuesto en orden al delito de comercio de estupefaciente y homicidio agravado por haber sido cometido para ocultar otro delito —art. 5º, inc. c de la ley 23.737 y art. 80, inc. 7º del Cód. Penal—.

Se investiga en las actuaciones la actividad llevada a cabo, por una organización transnacional dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes, integrada por diversas personas —entre quienes se encuentra el imputado, otras dos personas ya condenadas, una de ellas a cadena perpetua, varios prófugos y otros individuos aún no identificados— con vinculaciones en Colombia, Brasil, Surinam, Uruguay, Bélgica y Holanda, desde donde ingresaban dichas sustancias —por lo general éxtasis— a nuestro país, y hacia donde luego enviaban clorhidrato de cocaína, material que era camuflado en el interior del cuerpo de personas que oficiaban a modo de "mulas", como el caso de quien en vida fuera la víctima del homicidio, acaecido por no haberse adoptado medida alguna en pos de lograr se le brindara asistencia médica, ello con el objeto que la sustancia estupefaciente que llevaba en su cuerpo permaneciera oculta y lograr así

Thomson Reuters

la impunidad, produciéndose por ese motivo la muerte.

En este aspecto, las expresiones brindadas por la hermana de la víctima, el resultado de las tareas de vigilancia y de los análisis de los celulares secuestrados, así como lo hallado en los procedimientos practicados entonces y ahora, y en el interior del cuerpo de la víctima, corroboran tal aserto, y conducen a homologar el procesamiento en orden a la infracción a las previsiones de la ley 23.737.

Por lo demás, la relación directa entre la comisión de ese delito y el homicidio de la nombrada da pie a la figura del art. 80. inc. 7º del Cód. Penal, pues el imputado conocía las graves circunstancias por las que atravesaba —ver comunicación antes mencionada— sin haber adoptado medida alguna en pos de lograr se le brindara asistencia médica, con el objeto de que la sustancia estupefaciente que llevaba en su cuerpo permaneciera oculta y lograr así la impunidad, produciéndose por ese motivo la muerte.

IV. Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

IV.1. Proceso Penal: Suspensión del proceso a prueba. Requerimiento de elevación a juicio del Fiscal. Tribunal de juicio. Mutación de calificación legal. Improcedencia

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en acuerdo plenario en el marco de la causa CCC 500.000.371/2012/TO1/1, caratulado "Recurso de inaplicabilidad de ley en causa "Carbone, Rodrigo M. s/ robo de automotor o vehículo en la vía pública" (rta. el 03/12/2019), resolvió que a los fines de determinar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba —art. 76 bis, Cód. Penal—, los jueces carecen de autonomía para modificar la calificación jurídica sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio.

IV.2. Pena: Ejecución de la pena privativa de libertad. Estímulo educativo. Progresividad. Curso de formación profesional. Reducción adicional

La sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa 160735/2016/EP1/1/CNC1, caratulada "S. C. A. s/ Incidente de estímulo educativo" (rta. el 27/12/2019) resolvió, con el voto de los jueces Gustavo A. Bruzzone, Jorge L. Rimondi y Patricia M. Llerena, hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de condenado y casar la resolución dictada del Juzgado Nacional de Ejecución Penal y, en consecuencia, reconocer una reducción adicional de dos meses para acceder de a los institutos de la progresividad de la pena —art. 140, inc. b, ley 24.660—.

En sus fundamentos establecieron que a fin de decidir si corresponde reconocer al detenido, por aprobación de cursos de formación profesional anual o equivalente, alguna reducción de plazos a tenor del art. 140, párrafo primero, en función del inc. b, de la ley 24.660, es menester constatar: a) si se trata estrictamente de una carrera o de un trayecto de formación profesional ofrecido por una institución educativa de las comprendidas en el art. 9º de la ley 26.058, aprobado por el Consejo Federal de Educación; y b) si se ha acreditado la aprobación de todas las materias o prácticas que integran un curso anual o módulo según el plan de estudios y currícula de la carrera u oferta de formación profesional de que se trata.

Resulta irrelevante, en los términos del art. 9º, ley 26.058, que la "institución de educación técnico-profesional de nivel superior no universitaria" que imparta el curso de formación profesional, sea una universidad en términos estrictos, sino que no lo haga dentro de una carrera universitaria, puesto que el carácter de "no universitaria" hace referencia al curso y no a la institución per se. Ello tiende a resguardar y preservar la calidad y seriedad del curso de formación profesional —de ahí la exigencia de su reconocimiento por el Consejo Federal de Educación— para que dé lugar a la aplicación de lo dispuesto en el inc. b), art. 140, ley 24.660. Superado ello, la mera lectura del citado inciso permite señalar que el curso debe reunir dos requisitos para generar el beneficio legal: i) que sea anual o equivalente —esto último, importa incluir cursos con un contenido de significancia, expresado con una carga horaria considerable, más allá de su duración en el tiempo—, y ii) que sea de formación profesional, es decir, los cursos de formación profesional que even-

Thomson Reuters

tualmente pondrían al interno en condiciones e aplicar en una hipotética convocatoria laboral una vez recuperada su libertad.

IV. 3. Proceso Penal: Detención. Requisa. Portación ilegal de arma de fuego. Intervención de la fuerza de seguridad. Ausencia de orden judicial. Nulidad

La sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa CCC 27556/2016/TO1/CNC1, caratulada "P., I. R. s/ tenencia de arma de guerra" (rta. el 26/12/2019, con el voto conjunto de los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto Huarte Petite, resolvió rechazar el recurso de casación del Ministerio Público fiscal con la decisión del tribunal de juicio que declaro la nulidad del procedimiento policial de requisa y detención del imputado y de todos los actos posteriores y, en razón de ello, lo absolvió del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra.

En sus fundamentos el tribunal recordó que la regla para la detención de personas es la orden judicial y en los casos en los que la ley permite prescindir de ella por cuestiones de urgencia, el funcionario no puede actuar según su discreción, sino que debe hacerlo con fundamentos objetivos que le permitan luego sostener las razones por las que actuó de ese modo, sin que la cuestión pueda sanearse con el resultado positivo del procedimiento.

Aquellas normas que reglamentan las facultades de detención excepcional, sin orden judicial, por parte de las fuerzas de seguridad, requieren la verificación de razones de urgencia y de datos o pautas objetivas que indiquen de manera vehemente que un sujeto ha participado en la comisión de un ilícito penal —causal genérica asimilada a la que en el derecho norteamericano se conoce como "probable causa".

En consecuencia, es nulo el procedimiento de requisa y detención llevado a cabo por personal policial sin orden judicial y todos los actos posteriores, puesto que de las declaraciones de los propios preventores, no surgen motivos serios que hayan habilitado su accionar, en tanto no cabe considerar aquellos dados por el hecho de que mientras circulaban a bordo de un móvil policial, observaron a dos personas bebiendo mirando hacia una casa y que al regresar al mismo sitio, encontraron a uno solo de ellos y procedieron a identificarlo sin que este desplegara ningún movimiento sospechoso, se resistiera o intentara huir. Es que no se describió fundadamente cuáles fueron las conductas o actos que generaron sus sospechas y que habilitaron en el caso un supuesto de excepción que autorice el registro sin orden judicial. Frente a la circunstancia expuesta por aquellos, solo se pudo eventualmente —a lo sumo, y haciendo una interpretación muy flexible de la ley 23.950—, identificarlos; pero lo que los funcionarios no se encontraban habilitados a hacer era a requisar. En ese marco, claramente el hallazgo de un arma imponía su secuestro, pero en la medida en que tal verificación no se encontraba habilitada legalmente, el procedimiento es nulo y lo actuado no puede legitimarse.

V. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

V.1. Delitos contra Administración: Resistencia a la autoridad. Lesiones leves. Imputados que lesionaron a un policía para lograr la liberación de un asaltante aprehendido momentos antes y lesionaron a otro a quien también le sustrajeron su arma reglamentaria. Concurso. Tipicidad

La sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa 32.909/2019, caratulada "C., M. A. y otro s/ falta de mérito" (rta. el 12/11/2019) dispuso con el voto conjunto de los jueces Pablo Guillermo Lucero y Hernán López, revocar n la resolución que había señalado que no había mérito para procesar o sobreseer a los imputados y dispusieron sus procesamientos sin prisión preventiva por considerarlos coautores del delito de lesiones dolosas leves en concurso ideal con resistencia a la autoridad en concurso real con robo simple.

En el caso, los imputados agredieron a personal policial para lograr la liberación de un asaltante aprehendido momentos antes, lesionando también al otro agente que lo acompañaba y sustrayéndole su arma reglamentaria.

En sus fundamentos el juez Lucero, precisó que los elementos reunidos eran suficientes

Thomson Reuters

para agravar la situación procesal de los imputados, dado que el episodio por el cual resultó damnificado el Oficial policial se encuentra constituido el delito de lesiones dolosas leves en concurso ideal con resistencia a la autoridad, toda vez que los imputados le propinaron golpes al damnificado logrando de esta manera la liberación del asaltante.

En cuando al aspecto subjetivo del delito de lesiones leves, el código prevé la forma dolos, encontrándose configurado en este caso un dolo directo, pues existió la ultra intención en sus conductas, de causar un daño.

Y respecto, a la calificación de la resistencia a la autoridad, consideró el elemento típico se encuentra configurado en virtud de que los imputados ejercieron fuerza sobre el Oficial a fin de sustituir la libre determinación del funcionario público.

En cuanto al aspecto subjetivo, el código prevé únicamente la figura dolosa, la cual se encuentra acreditada toda vez que los autores del hecho obraron con la finalidad específica de imponer al sujeto pasivo mediante fuerza la omisión de un acto propio de sus funciones, con el fin de lograr la liberación del asaltante

Finalmente, sobre la coautoría funcional destacó que el concurso de delitos se les atribuye en calidad de coautores, pues se verifican los parámetros delimitados en el art. 45 del Cód. Penal de la Nación. Conforme entendió esta sala con anterioridad, "consideramos que no se requiere, como parece confundir la defensa, identificar los roles precisos que cada uno de los intervinientes desempeñó en el hecho, ya que, si bien como en todo plan delictual frecuentemente existe una división de funciones, estas conductas pueden variar según las circunstancias concretas que los hechos presenten".

En disidencia parcial respecto de las medidas cautelares, el juez Hernán López entendió que debían ser establecidas por el juzgado de la instancia de origen, lo que motivó la intervención de Mariano Scotto que adhirió a la solución propuesta por Lucero en punto a que podían ser fijadas por la alzada y, en consecuencia, mantuvieron la libertad que vienen gozando y le impusieron un embargo a cada uno.

V.2. Proceso Penal: Medidas cautelares. Restricción de acercamiento. Morigeración. Imputado denunciado por la madre de haber abusado sexualmente de su hijo

La sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa 27.029/2019, caratulada "C., J. s/ incidente de nulidad" (rta. el 05/12/2019), con el voto conjunto de los jueces Carlos Alberto González e Ignacio Rodríguez Varela, resolvieron confirmar el auto del juez de la instancia de origen que rechazó el pedido de morigeración de la prohibición de acercamiento dispuesta respecto de quien se encuentra denunciado de haber abusado sexualmente de su hijo. Asimismo, rechazaron el planteo de nulidad deducido por la defensa.

El tribunal resaltó que frente a la gravedad del hecho denunciado y la conformidad del fiscal con la medida cautelar dispuesta por el juzgado criminal por el plazo de 90 días, precisando que la resolución se encuentra debidamente fundada (arts. 79, inc. "c" y 123 del CPPN) lo que torna inviable la pretendida nulidad.

Por otra parte destacaron que la ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos que modificó el Código Procesal Penal, prescribe el pedido por parte del interesado y la pronta adopción de las medidas de coerción o cautelares necesarias para proteger a la víctima e impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores y que la normativa presume la existencia de peligro si se trata de víctimas de delitos contra la integridad sexual, extremo que se verifica en el caso (arts. 5º, incs. d y n, y 8º, inc. b de la citada norma). Añadieron que lo dispuesto encuentra también asidero en las previsiones de los arts. 80, inc. "c" y "l" del Cód. Proc. Penal Federal y en su art. 210, inc. "f" que faculta al querellante a solicitar la prohibición de acercamiento en cualquier estado del proceso y a fin de evitar el entorpecimiento de la investigación y resaltaron la conformidad de la medida por parte del Defensor de Menores e Incapaces, en consonancia con las normas que protegen el interés superior del niño (CDN, de jerarquía constitucional, y ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

Thomson Reuters

Además, precisaron que morigerar la cautelar ordenada atentaría contra el fin tuitivo de la medida, máxime cuando se encuentra pendiente la evaluación psicológica del niño por los profesionales del Ministerio Público Tutelar de la CABA.

Finalmente ordenaron al juzgado certificar debidamente si en el expediente civil que involucra a las mismas partes se ha adoptado —o no— alguna medida con relación al menor y, en atención a la particular situación familiar, oficiar a los organismos gubernamentales respectivos, a fin de procurar la asistencia necesaria ante el estado de vulnerabilidad enunciado (CDN, preámbulo, párrs. 5º, 6º, 11 y 13, y arts. 3.2, 6.2 y 27.2) y remitir copia de lo resuelto y del audio de la audiencia, a la Señora Defensora General de la Nación, en atención a la inasistencia de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, pese a que se le había dado formal y material intervención.

V.3. Proceso Penal: Clausura de la instrucción. Fiscal. Solicitud de ampliación de la indagatoria. Calificación legal alternativa. Accidente de tránsito. Homicidio culposo

La sala 5ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa 81924/1, caratulada "D., F. s/ homicidio culposo" (rta. el 20/12/2019), resolvió con el voto en mayoría, de los jueces Ricardo Pinto y Hernán López, revocaron el auto del juez de la instancia de origen que no había hecho lugar al pedido del fiscal —en la vista del art. 346 del CPPN— de que se amplíe la declaración indagatoria para que se le impute también un posible accionar intencional en el accidente de tránsito que protagonizara.

En juez Ricardo Pinto refirió que era atendible el planteo debido a que ello incide en la posibilidad de formular adecuadamente la acusación que debe concretar y para poder discutir en juicio la calificación legal era necesario que el acusado conozca previamente el reproche de manera correcta y que, en el caso, el actuar intencional pretendido no estaba abarcado en la actual imputación. Asimismo, precisó que compartía la opinión conforme a la cual es posible formular una acusación alternativa.

En cambio, el juez Rodolfo Pociello Argerich coincidió con Pinto en cuanto a que, sin la ampliación de la intimación en indagatoria el acusador no puede agravar la acusación en el debate, pero se pronunció en disidencia respecto de la solución de revocar lo recurrido porque considera, de conformidad con lo señalado por el magistrado al momento de resolver la situación procesal, que no existen elementos para sostener que hubo dolo en el evento.

En su fundamento resaltó que no cabe recurrir al argumento de conveniencia de brindar una posibilidad más amplia al Ministerio Púbico Fiscal para desarrollar en el juicio, porque ello importaría restar la importancia del accionar jurisdiccional como limitador de tal acusación, actividad fundamental que le compete y es el juez quien debe poner límites al accionar de las partes, por el caso, está habilitado aún más, a dictar el sobreseimiento en contra de la pretensión del acusador y la solución a ello viene dado por el recurso.

V.4. Proceso Penal: Allanamiento. Ausencia de orden judicial. Consentimiento de la moradora en un domicilio. Secuestro. Detención. Rastreador satelital. Nulidad. Improcedencia

La sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa 37.450, caratulada "P., D. I. s/ nulidad" (rta. el 14/11/2019), estableció, por mayoría, con el voto de los jueces Julio Marcelo Lucini y Magdalena Laíño, revocar el auto del juez de instrucción que había rechazado el planteo de nulidad presentado, por un lado, respecto del allanamiento llevado a cabo en la vivienda del imputado en la provincia de Buenos Aires que finalizó con su detención y el secuestro de una motocicleta y, por el otro, respecto de las manifestaciones de la hermana en esa diligencia.

En sus fundamentos señalaron que a la luz del art. 222 del Cód. Proc. Penal de la Provincia de Buenos Aires no había motivos de urgencia que habilitaran el ingreso del personal policial, por lo que la diligencia llevada a cabo conculcó el art. 18 de la CN. Destacó que se debió consultar con el juzgado correspondiente, dar intervención a la fiscalía o implementar una consigna que impidiera cualquier intento de retirar el rodado.

Thomson Reuters

En consecuencia, el consentimiento de la hermana del imputado no puede tenerse por válido ya que del acta labrada no se desprende que le hayan informado los pormenores que requerían el ingreso ni su derecho a negarse si así lo deseaba, dado que la ausencia de objeciones del morador no equivale al consentimiento, pues debe ser expresado de manera que no queden dudas y lo que aquí aparentemente reinó fue el desconcierto ante la presencia policial que solicitaba ingresar.

Por último, por no existir un cauce independiente de investigación, debido a que toda la prueba incorporada posteriormente derivó del hallazgo, dispuso el sobreseimiento.

En cambio, el voto en disidencia del Juez Mariano González Palazzo, entiendo que la resolución debía ser confirmada pues el procedimiento se ajustó a derecho y no conculcó garantía constitucional alguna.

Destacó, entre otros aspectos, que la defensa confunde los supuestos de allanamiento sin orden judicial (previsto en el art. 222 del CPPPBA) con el ingreso a una vivienda con el consentimiento de sus ocupantes al referir se endilga al policía el haber ingresado a la vivienda sin orden judicial, soslayando las particularidades del caso ya que la moradora —hermana del imputado— también pudo haber querido evitar que las sospechas recayeran sobre su propia persona, no correspondiendo que la verbalización de la autorización para el ingreso se asimile la declaración testimonial incriminatoria prohibida entre parientes (normada en el art. 242 del CPPN).

Finalmente, agregó que no advertía que el "permiso" hubiera estado viciado o coaccionado y que los funcionarios policiales no pueden hacer oídos sordos ante los datos espontáneos que escuchan de boca de los interesados.

V.5. Proceso Penal: Detención. Demora en la vía pública. Nulidad. Improcedencia

La sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la causa 50.340/2017, caratulada "G., B. A. s/ procesamiento-robo" (rta. el 08/11/2019), resolvió con el voto de los jueces Mariano Scotto y Mauro Divito confirmar el auto procesamiento de quien sustrajera varios objetos con un cuchillo a una persona que caminaba por la calle y fuera demorado días después del hecho por un compañero de trabajo de la víctima que lo reconoció, identificándolo el damnificado que se hizo presente inmediatamente ante el personal policial convocado.

En sus fundamentos descartaron los cuestionamientos de la defensa en relación con el particular que se hizo de la detención, pues si bien el art. 287 del Cód. Proc. Penal excluye a los particulares de la facultad de detención prevista en el inc. 3º del art. 284 del mismo texto legal, en el caso, las circunstancias que rodearon la aprehensión del imputado, nos llevan a descartar la existencia de irregularidades procesales.

En tal sentido, valoraron que, de manera inmediata, se convocó al personal policial que concurrió al lugar y, tras recoger la versión de damnificado e identificar a la persona retenida, efectuó una consulta con el juzgado en turno, que fue —en definitiva— la autoridad que ordenó la detención del causante.

Ello demuestra que, si bien el particular que ab initio retuvo al encausado —con independencia de que se trató de una restricción fugaz de la libertad de este— no obró al amparo de las previsiones del Código Procesal —art. 287 del CPPN—, el efectivo policial sí lo hizo, ajustando prudentemente su actuación a lo establecido por los arts. 184 —incs. 8º y 10— y 284 —inc. 3º— del código adjetivo, porque hallándose frente al posible autor de un delito, sindicado como tal por el supuesto damnificado —H.—, procedió a identificarlo y de inmediato promovió una consulta con la judicatura correspondiente.

De tal modo, como se ha verificado que en la detención cuestionada ningún agente estatal infringió las reglas del ordenamiento ritual, se concluye en que no se ha producido un vicio que habilite a invalidarla como acto procesal.

En cambio, el voto en disidencia parcial del Juez Juan E. Cicciaro, aceptó el planteo de nuli-

Thomson Reuters

dad formulado debido a que, tratándose de un suceso ocurrido cinco días antes, la aprehensión concretada en las circunstancias plasmadas debe ser anulada, lo que se ve confirmado con el hecho de que en ese momento el imputado solo caminaba por las inmediaciones del bar y no fue sorprendido en flagrancia de un delito.

VI. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico

VI.1. Delitos tributarios: Retención de aportes de la seguridad social. Socio gerente. Dificultades financieras

La sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en la causa CPE 569/2018/6/CA2, caratulada "legajo de apelación de G. C. SRL y G., J. C." (rta. el 11/11/2019) dispuso, voto unánime de los jueces Roberto E. Hornos, Carolina Robiglio y Juan Carlos Bonzón, confirmar el auto de procesamiento del socio gerente en su calidad de empleador por haber omitido depositar dentro del plazo legal los aportes correspondientes al sistema de seguridad social retenidos a los empleados de la SRL de la que era responsable.

En sus fundamentos el tribunal recordó que la entrega a su destinatario (el organismo recaudador) de sumas percibidas de terceros con un fin determinado, en tanto se trata de fondos ajenos, no depende de la solvencia de quien los retuvo indebidamente y con relación a que no se encontraría debidamente acreditada la intervención dolosa de sus defendidos en los hechos que se les atribuye, no resultan atendibles, dado que la Ley Penal Tributaria establece que son responsables los directores, gerentes, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible (conf. art. 14 de la ley 24.769) y si bien el solo desempeño de determinado cargo no es comprobación suficiente de esa intervención, en el caso no se encuentra controvertido que era gerente de la sociedad al momento de los hechos y no se ha invocado delegación específica de las obligaciones y responsabilidades que el desempeño de ese cargo directivo conlleva.

En esas condiciones resulta razonable estimar que tuvo conocimiento del hecho, ya sea que haya actuado directamente o bien si hubiera delegado sus atribuciones.

Por otra parte, la posibilidad de alegar dificultades financieras de la firma no justifica, de por sí, la retención de aportes pertenecientes a terceros. En efecto, tal como fue señalada por este tribunal en reiteradas oportunidades —con una integración parcialmente diferente— la retención sistemática de importes percibidos o retenidos con un fin determinado, no es el medio apropiado para afrontar una emergencia. Las dificultades financieras o las carencias de dinero en efectivo, y aun la propia falencia de la empresa, no alcanzan para comprobar el carácter necesario de ese comportamiento.

VI.2. Proceso Penal: Acción penal. Extinción. Conciliación o reparación integral de la víctima. Evasión tributaria. Improcedencia

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en la causa CPE 1604/2017, caratulada "Abbey Sea SA s/ infr. ley 24.769" (rta. el 18/12/2019), resolvió, con el voto unánime de los jueces Roberto E. Hornos, Carolina Robiglio y Juan Carlos Bonzón declara la nulidad de la resolución del juez de instrucción que dispuso suspender el ejercicio de la acción penal seguida contra el contribuyente y su representanta legal, por haber omitido depositar en su calidad de agente de retención de impuesto a las ganancias, toda vez que en aquellos delitos respecto de los cuales pueda caber una conciliación o una reparación integral del perjuicio ocasionado, siempre y cuando no mediaren respecto de las mismas disposiciones de leyes penales especiales que contemplen preceptos que la hagan inaplicable por contrariedad con la regla genérica —art. 4º del Cód. Penal—.

En consecuencia, queda desplazados la operatividad de la disposición legal prevista por el art. 59, inc. 6º del Cód. Penal, y ante su incompatibilidad con los mecanismos de extinción de la acción penal específicos de la materia tributaria y previsional.

Thomson Reuters

VII. Superiores Tribunales de Provincia

VII.1. Proceso Penal (Buenos Aires): Recursos. Inaplicabilidad de la ley. Abuso sexual con acceso carnal. Congruencia. Valoración de la prueba. Inadmisibilidad

La Suprema Corte de Justicia, en la causa P. 131.620, "Zárate Maldonado, Alexis Joel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 87.295 del Tribunal de Casación Penal, Sala II" (04/12/2019), con el voto de los Sres. Jueces Soria, Kogan, Pettigiani, Genoud, resolvió rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas, contra la sentencia condenatoria impuesta por el tribunal de juicio por resultar autor responsable de abuso sexual con acceso carnal.

En sus fundamentos el máximo tribunal provincial resalto que la narración de la materialidad ilícita y del detalle de la prueba que le da sostén surgen los rasgos relevantes del hecho atribuido al imputado, sin que se advierta una afrenta al debido proceso ni un déficit que hubiera obstaculizado el ejercicio del derecho de defensa, por lo que los reclamos de cariz constitucional que porta este tramo del recurso decaen.

Además, el Tribunal de Casación provincial dio cuenta de las razones por las que entendía pues atañe a la prueba del caso, el *a quo* ratificó la ponderación del juzgador de grado merced a un análisis global de la producida en el debate y sostuvo que el testimonio de la víctima se vio fortalecido y ratificado por numerosos elementos de prueba, los que reseñó en extenso a partir de lo resuelto en la sentencia de grado

Asimismo, fue coincidente con la fundamentación propuesta por dicho órgano jurisdiccional en respuesta a la supuesta omisión valorativa sobre la versión de los hechos dada por Zárate, y descartó la aplicación al caso del principio *in dubio pro reo,* habida cuenta que lo testimoniado por la víctima, el sentenciante apuntó los criterios a los que echó mano para su adecuada valoración. Tales, la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de un móvil espurio; la verosimilitud del relato con base en corroboraciones periféricas de las cuales dio fundadas razones, a los informes periciales, la actitud posterior de las partes junto con los testigos verificada a través de los mensajes de texto extraídos de los teléfonos móviles; y la persistencia en la incriminación de la damnificada, todo lo cual se compadece con doctrina de esa Corte.

Si bien los recurrentes formulan otras interpretaciones posibles respecto del valor de convicción de los indicios aislados, omiten hacer un análisis conjunto de todos ellos, tal como fueron considerados por el tribunal del juicio —y convalidado por el revisor— para fundar los extremos de la imputación y la autoría responsable.

Dadas tales circunstancias, el tribunal no encontró arbitrarias las formulaciones del tribunal casatorio con las que dio respuesta a cada uno de los reclamos de la defensa y expuso los argumentos y razones que confirman la falta de consentimiento de la víctima al momento del hecho, no desde la apreciación parcelada de los diversos elementos de prueba, sino con una visión de conjunto.

Thomson Reuters

Actualidad en Seguridad Social 5/2020

María Teresa Martín Yáñez

Sumario: I. Legislación.— II. Jurisprudencia.

I. Legislación

I.1. Asignaciones familiares

I.1.a. Montos. Movilidad.

-Dec. 692/2020 (BO 25/08/2020)

Continuando con la política de otorgar aumentos trimestrales a las prestaciones previsionales y por ende a las asignaciones familiares que, conf. lo dispone la ley 27.160 sigue las alternativas de estas para actualizar sus montos, mediante este decreto se dispuso un incremento del orden del 7,50 % aplicable a partir del mes de septiembre sobre los montos de los haberes devengados en el mes de agosto de 2020, lo que conlleva igual incremento para los montos y rangos de las asignaciones familiares.

-Resolución ANSeS 312/2020 (BO 02/09/2020)

Por tanto, la ANSeS emitió la resolución de referencias. determinando los nuevos rangos y montos de las asignaciones familiares, así como el límite de ingresos mínimos y máximos aplicables a los titulares de las prestaciones, que fija en el orden de $ 6.105,79 y $ 155.328 respectivamente, estableciendo además que la percepción de un ingreso superior a $ 77.674 por parte de uno de los integrantes del grupo familiar, excluye a todos del cobro de las asignaciones aun cuando la sumatoria de sus ingresos no supere el límite máximo individual.

En consecuencia y tal como resulta de los anexos de dicha resolución, las asignaciones familiares a partir del 1° de septiembre se abonan conf. a la siguiente tabla:

- Rangos y montos de asignaciones familiares

Anexo I. Trabajadores en relación de dependencia registrados y titulares de la ley de riesgos del trabajo

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1	ZONA 2	ZONA 3	ZONA 4
MATERNIDAD					
Sin tope de Ingreso Grupo Familiar (IGF)	Remuneración Bruta				
NACIMIENTO					
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 4.128.-	$ 4.128.-	$ 4.128.-	$ 4.128.-	$ 4.128.-
ADOPCIÓN					
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 24.694.-	$ 24.694.-	$ 24.694.-	$ 24.694.-	$ 24.694.-

Thomson Reuters

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1	ZONA 2	ZONA 3	ZONA 4
MATRIMONIO					
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 6.181.-	$ 6.181.-	$ 6.181.-	$ 6.181.-	$ 6.181.-
PRENATAL					
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-	$ 3.540.-	$ 7.638.-	$ 7.073.-	$ 7.638.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-	$ 3.153.-	$ 4.725.-	$ 6.284.-	$ 6.284.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-	$ 2.841.-	$ 4.266.-	$ 5.678.-	$ 5.678.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-	$ 1.454.-	$ 2.180.-	$ 2.884.-	$ 2.884.-
HIJO					
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-	$ 3.540.-	$ 7.638.-	$ 7.073.-	$ 7.638.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-	$ 3.153.-	$ 4.725.-	$ 6.284.-	$ 6.284.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-	$ 2.841.-	$ 4.266.-	$ 5.678.-	$ 5.678.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-	$ 1.454.-	$ 2.180.-	$ 2.884.-	$ 2.884.-
HIJO CON DISCAPACIDAD					
IGF hasta $ 54.865.-	$ 11.535.-	$ 11.535.-	$ 17.288.-	$ 23.044.-	$ 23.044.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 8.158.-	$ 11.126.-	$ 16.676.-	$ 22.227.-	$ 22.227.-
IGF desde $ 80.467,01	$ 5.148.-	$ 10.712.-	$ 16.057.-	$ 21.405.-	$ 21.405.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL					
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 2.966.-	$ 3.958.-	$ 4.952.-	$ 5.918.-	$ 5.918.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD					
Sin tope de IGF	$ 2.966.-	$ 3.958.-	$ 4.952.-	$ 5.918.-	$ 5.918.-

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1, Zona 2, Zona 3 o Zona 4.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Río Negro y Neuquén; en los Departamentos Bermejo, Ramón Lista y Matacos en Formosa; Departamento Las Heras (Distrito Las Cuevas); Departamento Luján de Cuyo (Distritos Potrerillos, Carrizal, Agrelo, Ugarteche, Perdriel, Las Compuertas); Departamento Tupungato (Distritos Santa Clara, Zapata, San José, Anchoris); Departamento Tunuyán (Distrito Los Árboles, Los Chacayes, Campo de Los Andes); Departamento San Carlos (Distrito Pareditas); Departamento San Rafael (Distrito Cuadro Venegas); Departamento Malargüe (Distritos Malargüe, Río Grande, Río Barrancas, Agua Escondida); Departamento Maipú (Distritos Russell, Cruz de Piedra, Lumlunta, Las Barrancas); Departamento Rivadavia (Distritos El Mirador, Los Campamentos, Los Árboles, Reducción, Medrano) en Mendoza; Orán (excepto la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán y su ejido urbano) en Salta.

Zona 2: Provincia del Chubut.

Zona 3: Departamento Antofagasta de la Sierra (actividad minera) en Catamarca; Departamentos Cochinoca, Humahuaca, Rinconada, Santa Catalina, Susques y Yavi en Jujuy; Departamentos Los Andes, Santa Victoria, Rivadavia y Gral. San Martín (excepto la ciudad de Tartagal y su ejido urbano) en Salta.

Zona 4: Provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Thomson Reuters

Anexo II. Titulares de la prestación por desempleo

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.
NACIMIENTO	
IGF entre $ 200.- y $ 155.328.-	$ 4.128.-
ADOPCIÓN	
IGF entre $ 200.- y $ 155.328.-	$ 24.694.-
MATRIMONIO	
IGF entre $ 200.- y $ 155.328.-	$ 6.181.-
PRENATAL	
IGF entre $ 200.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-
HIJO	
IGF entre $ 200.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-
HIJO CON DISCAPACIDAD	
IGF hasta $ 54.865.-	$ 11.535.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 8.158.-
IGF desde $ 80.467,01	$ 5.148.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	
IGF entre $ 200.- y $ 155.328.-	$ 2.966.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	
Sin tope de IGF	$ 2.966.-

Anexo III. Titulares del sistema integrado previsional argentino

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1
CÓNYUGE		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 857.-	$ 1.701.-
HIJO		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-	$ 3.540.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-	$ 3.153.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-	$ 2.841.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-	$ 1.454.-
HIJO CON DISCAPACIDAD		
IGF hasta $ 54.865.-	$11.535.-	$ 11.535.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 8.158.-	$ 11.126.-
IGF desde $ 80.467,01	$ 5.148.-	$ 10.712.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 2.966.-	$ 3.958.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD		
Sin tope de IGF	$ 2.966.-	$ 3.958.-

Thomson Reuters

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Partido de Patagones, Pcia. de Buenos Aires.

Anexo IV. Veteranos de Guerra del Atlántico Sur

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1
NACIMIENTO		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 4.128.-	$ 4.128.-
ADOPCIÓN		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 24.694.-	$ 24.694.-
MATRIMONIO		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 6.181.-	$ 6.181.-
CÓNYUGE		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 857.-	$ 1.701.-
PRENATAL		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-	$ 3.540.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-	$ 3.153.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-	$ 2.841.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-	$ 1.454.-
HIJO		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 54.865.-	$ 3.540.-	$ 3.540.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 2.386.-	$ 3.153.-
IGF entre $ 80.467,01.- y $ 92.902.-	$ 1.441.-	$ 2.841.-
IGF entre $ 92.902,01.- y $ 155.328.-	$ 741.-	$ 1.454.-
HIJO CON DISCAPACIDAD		
IGF hasta $ 54.865.-	$11.535.-	$ 11.535.-
IGF entre $ 54.865,01.- y $ 80.467.-	$ 8.158.-	$ 11.126.-
IGF desde $ 80.467,01	$ 5.148.-	$ 10.712.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL		
IGF entre $ 6.105,79.- y $ 155.328.-	$ 2.966.-	$ 3.958.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD		
Sin tope de IGF	$ 2.966.-	$ 3.958.-

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Partido de Patagones, Pcia. de Buenos Aires.

Thomson Reuters

Anexo V. Titulares de asignaciones universales para protección social

ASIGNACIONES PARA PROTECCIÓN SOCIAL	VALOR GRAL.	ZONA 1
HIJO	$ 3.540.-	$ 4.602.-
HIJO CON DISCAPACIDAD	$ 11.535.-	$ 14.996.-
EMBARAZO	$ 3.540.-	$ 4.602.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	$ 2.966.-	$ 2.966.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	$ 2.966.-	$ 2.966.-

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Partido de Patagones, Pcia. de Buenos Aires.

Anexo VI. Trabajadores monotributistas

ASIGNACIONES FAMILIARES	CATEGORIAS			
	A, B, C,	D, E	F, G, H,	I, J, K
PRENATAL	$ 3.540.-	$ 2.386.-	$ 741.-	
HIJO	$ 3.540.-	$ 2.386.-	$ 741.-	
HIJO CON DISCAPACIDAD	$ 11.535.-	$ 8.158.-	$ 5.148.-	$ 5.148.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	$ 2.966.-	$ 2.966.-	$ 2.966.-	
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	$ 2.966.-	$ 2.966.-	$ 2.966.-	$ 2.966.-

I.2. Prestaciones no contributivas

I.2.a Ingreso familiar de emergencia

Dec. 626/2020 (BO 30/07/2020)

En el mes de marzo ppdo., en la intención de paliar los efectos de la crisis producida por la pandemia de coronavirus, se dictó el Dec. 310/2020 **(1)** instituyendo una prestación monetaria no contributiva de "carácter excepcional", denominada "Ingreso Familiar de Emergencia", a favor de las personas desocupadas que se desempeñen en la economía informal, monotributistas categorías "A" y "B", monotributistas sociales y trabajadores de casas particulares, afectadas por la situación de emergencia sanitaria.

Dicha prestación, a solicitarse por ante la ANSeS, la cual tiene a su cargo las evaluaciones socio económicas y patrimoniales a fin de verificar la situación de real necesidad del solicitante y su gru-

(1) BO 24/03/2020.

Thomson Reuters

po familiar, asciende a un monto de $ 10.000 y en cumplimiento de la citada norma, fue abonada en el mes de abril de 2020.

A su vez la Secretaría de Seguridad Social dictó la Resolución SSS 8/2020 **(2)**, estableciendo una serie de disposiciones complementarias y aclaratorias, facultando a la ANSeS a dictar las normas necesarias para su aplicación, entre las que cabe destacar las pautas a tener en cuenta para la evaluación socio económica y patrimonial, estableciendo determinados supuestos atinentes al solicitante o a algún miembro de su grupo familiar, que detalla en su Anexo.

Conf. a ello a su vez la ANSeS dicta las resoluciones ANSeS 84/2020 **(3)** y ANSeS 97/2020 **(4)** mediante las cuales establece una serie de disposiciones sobre el acuerdo, pago, control supervisión y recupero de pagos indebidos del Ingreso Familiar de Emergencia,

Posteriormente mediante el Dec. 511/2020 **(5), e**n función de las sucesivas prórrogas que fueron extendiendo la duración del aislamiento preventivo, se dispone un nuevo pago del Ingreso Familiar de Emergencia por la suma de $ 10.000, a abonarse en el mes de junio, modificando los recaudos para su cobro establecido en el Art. 2 del citado Dec. 310/2020 en lo que respecta a la condición que deben acreditar los solicitantes de ser ciudadanos argentinos —por opción o naturalizados-, residentes en al país, o extranjeros con residencia legal no inferior a dos años anteriores a la solicitud.

Y una vez más, con el dictado del Dec. 626/2020 que se comenta, se dispone a realizar un nuevo pago de un nuevo pago de $ 10.000 a abonarse en el mes de agosto en concepto de Ingreso Familiar de Emergencia.

-Resolución SSS 16/2020 (BO 13/08/2020)

A consecuencia de ello la Secretaria de Seguridad social, vuelve a modificar algunos de los requisitos ya establecidos para la percepción del Ingreso Familiar, determinando con respecto a los solicitantes, que tanto estos como algún miembro de su grupo familiar no deberán percibir planes sociales, salario social complementario o ingresos provenientes de cualquiera de ellos, sean nacionales, provinciales o municipales, a excepción de los provenientes del Programa Progresar, y definiendo que deberá entenderse por planes y programas sociales como los que impliquen la transferencia directa de ingresos destinados a mejorar las condiciones de vida de las personas y grupos familiares en situación de vulnerabilidad social.

Asimismo aclara que las personas privadas de su libertad, bajo cualquier modalidad, no están alcanzados por este beneficio, y dispone que la ANSeS requerirá de la Administración Federal de Ingresos Públicos, la realización de la evaluación socioeconómica y patrimonial a fin de determinar la procedencia de cada solicitud.

Por último establece que el Ingreso familiar a abonará cuando ello fuera posible a través de transferencia bancaria a la cuenta del solicitante, y en caso contrario por las modalidades que la ANSeS disponga.

I.3. Previsión social

I.3.a. Aportes y contribuciones

- Contribuciones. Reducción. Postergación. Facilidades de pago

Resolución General AFIP 4734/2020 (BO 05/06/2020)

Como se recordará, mediante el Dec. 332/2020 **(6)**, dentro del marco del Programa de Asistencia al Trabajo y la Producción, se dispuso la reducción del 95 % de las contribuciones patronales con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino devengadas durante el mes de abril de 2020 **(7)**, así como la postergación de los vencimientos para su pago, en función de lo cual la AFIP dicto sendas resoluciones generales estableciendo el aplicativo y los pro-

(2) BO 31/03/2020.

(3) BO 06/04/2020.

(4) BO 27/04/2020.

(5) BO 06/05/2020.

(6) BO 01/04/2020.

(7) Conf. Art. 6, Inc. b) Dec. 332/2020.

Thomson Reuters

cedimientos a seguir para la aplicación de dichos beneficios **(8)**

Prosiguiendo con esta política, la AFIP emitió la Res. Gral. 4734 que comentamos, mediante la cual mantiene el beneficio de reducción y postergación de pago de las contribuciones por el período devengado mayo de 2020, implementando además un régimen de facilidades de pago.

Dicho régimen aplica a la cancelación de las contribuciones al SIPA correspondiente a los períodos devengados marzo, abril y mayo de 2020, disponiendo que la deuda podrá ser cancelada mediante un máximo de u cuotas mensuales, iguales y consecutivas, salvo la primera a la que se le adicionaran los intereses financieros correspondientes, estableciendo que cada una de ellas será igual o superior a Un Mil Pesos ($ 1.000).

Define luego los requisitos que deberán acreditar los interesados para adherirse al régimen de regularización, así como las formalidades y el procedimiento a seguir para concretarla, estableciendo además los tiempos y plazos para el ingreso de las cuotas, así como la posibilidad de su cancelación anticipada y las causas y efectos de la caducidad del plan.

Resolución General AFIP 4757/2020 (BO 08/07/2020)

Resolución General AFIP 4788/2020 (BO 06/08/2020)

Resolución General AFIP 4811/2020 (BO 08/09/2020)

De igual manera mediante estas resoluciones, establece el procedimiento para la reducción y postergación de pago de las contribuciones por el período devengado junio, julio y agosto de 2020 respectivamente, así como introducen algunas modificaciones a la Resolución General AFIP 4.734. precedentemente comentada

- *Contribuciones. Empleadores Sector Salud. Tratamiento Diferencial.*

Dec. 695/2020 (BO 25/08/2020)

Mediante este decreto se prorroga nuevamente la reducción del 95 % de la alícuota para el cálculo de las contribuciones con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino, prevista en el art. 19 de la Ley 27.541 **(9)**, a favor de los empleadores pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud **(10)**, dispuesta por el Dec. 300/2020 **(11)** dentro del marco de las medidas tomadas para enfrentar la pandemia del coronavirus.

Cabe recordar que este decreto fue prorrogado originariamente por el plazo de sesenta días a partir de la fecha de su vencimiento, por el Dec. 545/2020 **(12)**, sumándose ahora esta nueva prórroga.

Resolución General AFIP 4808/2020 (BO 02/09/2020)

En virtud de ello la Administración Federal de Ingresos Públicos dicta la resolución general 4808 que se comenta, a fin de adecuar sus procedimientos para la extensión del beneficio de reducción de la alícuota a los períodos devengados de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2020, ampliando así lo dispuesto originariamente por la Res. Gral. AFIP 4694/2020 **(13)**, que estableció las pautas para los períodos devengados de marzo, abril y mayo de 2020, incorporando al sistema "Declaración en Línea" de la Res. Gral. AFIP 3960 y al programa aplicativo SICOSS, nuevos códigos de actividad., la cual a su vez en su momento fue modificada por la Res. Gral. AFIP 4756/2020 **(14)**, incluyendo los meses de junio y julio de 2020, acompañando se esa manera las sucesivas prórrogas de los decretos que comentamos más arriba**.**

(8) Res. Grales. AFIP 4711/2020 (BO 11/05/2020), 4712/2020 (BO 11/05/2020) y 4716/2020 (BO 14/05/2020).

(9) BO 23/12/2019.

(10) Que básicamente corresponden a Obras Sociales, entidades de medicina prepaga, mutuales de salud, y Servicios de hospitales entre otros.

(11) BO 20/03/2020.

(12) BO 19/06/2020.

(13) BO 09/04/2020.

(14) BO 07/07/2020.

Thomson Reuters

- Deudas. Régimen de Regularización Ley 27.541.

Dec. 569/2020 (BO 27/06/2020)

Dec. 634/2020 (BO 30/07/2020)

Como se recordará, la ley 27.541 **(15)**, denominada de "Solidaridad **y** Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública", reguló y modificó diversos aspectos del régimen previsional.

Concretamente con respecto a las contribuciones patronales, dentro del Título IV.- Obligaciones, implementó en el capítulo I, un régimen de regularización de deudas tributarias y de los recursos de la seguridad social y de condonación de intereses, multas y sanciones, por las obligaciones vencidas al 30/11/2019 inclusive, para aquellos empleadores que encuadren su actividad como Micro, Pequeñas o Medianas Empresas, y que como tales se encuentren inscriptos en el Registro de Empresas MiPyMES, conf. lo establecido por la ley 24.467 **(16)**, los que —acreditada tal situación con el certificado correspondiente-, podrán acogerse al plan entre el primer mes calendario posterior al de la publicación de la reglamentación del régimen en el BO hasta el 30 de abril de 2020, inclusive.

Mediante los decretos de referencia se prorroga primeramente hasta el 31 de julio de 2020 inclusive, el plazo establecido en el último párrafo del art. 8º de la Ley 27.541 para que los contribuyentes puedan acogerse al Régimen de Regularización y luego dicha prórroga se extiende conf. al Dec. 634/2020 hasta el 31 de agosto de 2020.

Resolución General AFIP 4755/2020 (BO 03/07/2020)

Resolución General AFIP 4784/2020 (BO 03/08/2020)

Resolución General AFIP 4690/2020 (BO 01/04/2020)

Resolución General AFIP 4816/2020 (BO 16/09/2020)

Como es de práctica, en función de dicha normativa la AFIP, emitió sendas resoluciones generales a partir de la Res. Gral. AFIP 4667/2020 **(17)**, que establece el alcance, procedimiento y requisitos para la adhesión al régimen de regularización instituido por la ley 27.541, determinando que alcanza a las obligaciones vencidas al 30 de noviembre de 2019 inclusive, así como los intereses no condonados, multas y demás sanciones relacionadas con estas.

Con respecto a la adhesión al régimen para los contribuyentes que revisten la condición de Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, el plazo para obtener el "Certificado MiPyME" se fijó hasta el día 31 de julio de 2020, el cual fue prorrogado por la Res. Gral. 4784 extendiéndose hasta el 31 de agosto de 2020, la cual además introdujo diversas modificaciones de importancia al trámite para la adhesión al régimen.

Las sucesivas resoluciones generales citadas en el acápite, fueron modificando diversos aspectos del procedimiento para la resolución original siendo la más reciente —y la más importante por el alcance de sus modificaciones-, entre las citadas en el acápite la Res. General 4816/2020, que amplía el alcance de la resolución original permitiendo incluir dentro de las obligaciones alcanzadas por el régimen de regularización las vencidas hasta el 31 de julio de 2020 inclusive, así como sus intereses no condonados, multas y demás sanciones firmes.

-Monotributo. Exclusión de pleno derecho.

Resolución General AFIP 4782/2020 (BO 31/07/2020)

Resolución General AFIP 4799/2020 (BO 27/08/2020)

A fin de morigerar el impacto económico producido por el aislamiento social preventivo y obligatorio establecido por el Dec. 297/2020 **(18)**, la AFIP en su momento emitió la Res. Gral. AFIP 4687 **(19)** suspendiendo hasta

(15) BO 23/12/2019.

(16) Marco regulatorio de la pequeña y mediana empresa (BO 28/03/1995).

(17) BO 31/01/2020.

(18) BO 20/03/2020

(19) BO 28/03/2020.

Thomson Reuters

el 1° de abril de 2020, la exclusión de pleno derecho de dicho régimen establecida por la Res. Gral. AFIP 4309 **(20)** para aquellos casos en que los ingresos y situación económica de quienes hubieran adherido a dicho régimen, superaran los límites establecidos, conf. lo prevé la Ley 24.977 **(21)**.

Posteriormente y conf. a las sucesivas prórrogas del aislamiento social preventivo y obligatorio, la AFIP emitió una serie de normas extendiendo concordantemente la suspensión del sistema de exclusiones del régimen de monotributo, a través de las Res. Grales. AFIP 4704/2020 **(22)**, 4724/2020 **(23),** 4738/2020 **(24)** y 4704/2020 **(25)** modificando a esos efectos, la original Res. Gral. AFIP 4687.

Es así como también dicta las Resoluciones Generales 4782/2020 y 4799/2020 de referencia mediante la primera de las cuales extiende la suspensión de dicho procedimiento hasta el 1° de agosto de 2020 y mediante la segunda lo amplía hasta el 1° de septiembre de 2020.

I.3.b. Haberes

- Cálculo. Índices de actualización

Resolución SSS 18/2020 (BO 27/08/2020)

Paralelamente a los incrementos de los haberes previsionales dispuestos por el Dec. 692/2020 al que ya nos hemos referido al tratar las asignaciones familiares, y que comentaremos a continuación, la Secretaría de Seguridad Social —conf. a las facultades que le confiriera el Dec. 110/2018 **(26)**-, establece mediante esta resolución, los índices de actualización de las remuneraciones mensuales percibidas por los trabajadores en relación de dependencia que cesen desde el 1 de agosto de 2020 o soliciten su beneficio desde el 1° de septiembre de 2020, conf. a lo establecido en el art. 2° de la Ley 26.417, a fin de actualizar el cálculo de los haberes de las prestaciones previsionales correspondientes (PC, PAP).

-Movilidad. Incremento

Dec. 692/2020 (BO 25/08/2020)

En función de la prórroga de la suspensión del mecanismo de movilidad establecido por el Art. 32 de la ley 24.241 impuesto por el Dec. 542/2020 **(27)** , vuelve a determinarse el incremento de los haberes previsionales así como el de las asignaciones familiares —que hemos detallado en el punto I precedente-, y de todo otro beneficio que sigue la citada movilidad, mediante el dictado del dec. 692/202 que comentamos, el cual establece un incremento porcentual del 7,5% sobre los haberes de las prestaciones previsionales devengados al mes de agosto de 2020, que se trasladará al monto de los haberes mínimo máximo, a la rentas de referencia de los trabajadores autónomos —sobre las cuales se calculan sus aportes— y a la remuneración imponible de los trabajadores en relación de dependencia.

Asimismo dispone —siguiendo los lineamientos de los anteriores decretos **(28)**—, que este incremento se aplicará al monto de la PBU, a los haberes de las prestaciones del régimen especial para investigadores técnicos y científicos, así como al monto de las cuotas pendientes de pago de los Acuerdos Transaccionales de la ley 27.260 de Reparación Histórica, y de los regímenes de regularización de deudas previsionales de las leyes 27.476 y 26.970.

Resolución ANSeS 325/2020 (BO 07/09/2020)

Conf. a ello, y en uso de sus facultades, la ANSeS dicta esta resolución mediante la cual establece los nuevos montos de los haberes mínimos y máximos, la Base imponible, la PBU y PUAM, aplicables a partir del mes de septiembre de 2020, así como los coeficientes de actualización de las remuneraciones para los trabajadores ce-

(20) BO 19/09/2018.

(21) Art. 20 Anexo. Régimen Simplificado para pequeños contribuyentes. (BO 06/07/1998).

(22) BO 28/04/2020.

(23) BO 28/05/2020.

(24) BO 25/06/2020.

(25) BO 28/04/2020.

(26) BO 08/02/2018.

(27) BO 18/06/2020.

(28) Dec. 163/2020 (BO 19/02/2020) y Dec. 495/2020 (BO 27/05/2020).

Thomson Reuters

sados a partir del 21 de agosto de 2020 o que encontrándose en actividad solicitaren la prestación a partir del 1° de septiembre de 2020.

En consecuencia fija en Pesos Dieciocho Mil Ciento Veintiocho con Ochenta Y Cinco Centavos ($18.128,85.-)., el monto del Haber Mínimo Garantizado vigente a partir del mes de septiembre de 2020, y en Pesos Ciento Veintiún Mil Novecientos Noventa con Cuatro Centavos ($121.990,04.-) el Haber Máximo vigente a partir de dicha fecha.

Con respecto a las Bases Imponible Mínima y Máxima para el cálculo de los aportes conf. al Art. 9 de la ley 24.241, quedan establecidas en Pesos Seis Mil Ciento Cinco con Setenta y Nueve Centavos ($ 6.105,79.-) y Pesos Ciento Noventa y Ocho Mil Cuatrocientos Treinta y Cinco con Cincuenta y Dos Centavos ($198.435,52.-) respectivamente, a partir del período septiembre de 2020.

Finalmente el monto del haber de la Prestación Básica Universal (PBU) se fija en la suma de en la suma de Pesos Siete Mil Setecientos Cincuenta y Seis con Treinta y Dos Centavos ($7.756,32.-). y el de la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM) en Pesos Catorce Mil Quinientos Tres con Ocho Centavos ($14.503,08.-).

- *Tablas de movilidad*

Evolución a partir de la vigencia de la ley 26.417

Resoluciones	Periodo	Incremento porcentual	Haber Mín.	Haber Máx.	Haber PBU	Haber PUAM
ANSeS 135/2009	Marzo 2009	11,69 %	$ 770,66	$ 5.647	$ 364,10	--
ANSeS 65/2009	Sept. 2009	7,34 %	$ 827,33	$ 6.060,49	$ 390,82	--
ANSeS 130/2010	Marzo 2010	8,31 %	$ 895,15	$ 6.558,06	$ 422,91	--
ANSeS 651/2010	Sept. 2010	16,90 %	$ 1.046,43	$ 7.666,37	$ 494,98	--
ANSeS 58/2011	Marzo 2011	17,33 %	$ 1.227,78	$ 8.994,95	$ 580,06	--
ANSeS 448/2011	Sept. 2011	16,82 %	$ 1.434,29	$ 10.507,90	$ 677,72	--
ANSeS 47/2012	Marzo 2012	17,62 %	$ 1.687,01	$ 12.359,39	$ 797,02	--
ANSeS 327/2012	Sept. 2012	11,42 %	$ 1.879,67	$ 13.770,83	$ 808,04	--
ANSeS 30/2013	Marzo 2013	15,18 %	$ 2.165,00	$ 15.861,24	$ 1.022,84	--
ANSeS 266/2013	Sept. 2013	14,41%	$ 2.476,98	$ 18.146,84	$ 1.170,23	--
ANSeS 27/2014	Marzo 2014	11,31 %	$ 2.757,13	$ 20.199,25	$ 1.302,58	--

Thomson Reuters

Resoluciones	Periodo	Incremento porcentual	Haber Mín.	Haber Máx.	Haber PBU	Haber PUAM
ANSeS 449/2014	Sept. 2014	17,21 %	$ 3.231,63	$ 23.675,54	$ 1.526,75	--
ANSeS 44/2015	Marzo 2015	18,26 %	$ 3.821,73	$ 27.998,69	$1.805,53	--
ANSeS 396/2015	Sept. 2015	12,49 %	$ 4.299,06	$ 31.495,73	$ 2.031,04	--
ANSeS 28/2016	Marzo 2016	15,35 %	$ 4.958,97	$ 36.330,32	$ 2.342,80	--
ANSeS 298/2016	Sept. 2016	14,16%	$ 5.661,16	$ 41.474,69	$ 2.674,54	--
ANSeS 34/2017	Marzo 2017	12,96%	$ 6.394,85	$ 46.894,81	$ 3.021,16	--
ANSeS 176/2017	Sept. 2017	13,32%	$ 7.246,64	$ 53.090,20	$ 3.423,58	--
ANSeS 28/2018 **(29)** SSS 2/2018	Marzo 2018	5,71 %	$ 7.660,42	$ 56.121,65	$ 3.619,07	$6.128,34
ANSeS 88/2018 SSS 6/2018	Junio 2018	5,69 %	$ 8.096,30	$ 59.314,97	$ 3.825,00	$6.470,04
ANSeS 128/2018 SSS 10/2018	Sept. 2018	5,69 %	$ 8.637,13	$ 63.277,21	$ 4.080,51	$6.909,70
ANSeS 242/2018 SSS 2/2018	Dic. 2018	7,78 %	$ 9.309,10	$ 68.200,18	$4.397,97	$ 7.447,28
ANSeS 74/2019 SSS 4/2019	Marzo 2019	11,83 %	$ 10.410,37	$76.268,26	$ 4.918,25	$.8.328,30
ANSeS 139/2019 SSS 8/2019	Junio 2019	10,74 %	$ 11.528,44	$ 84.459,47	$ 5.446,47	$ 9.222,75
ANSeS 200/2019 SSS 12/2019	Sept. 2019	12,22 %	$ 12.937,22	$ 94.7780,42	$ 6.112,03	$ 10.349,78
ANSeS 279/2019 SSS 27/2019	Diciembre 2019	8,74 %	$ 14.06 7,93	$ 103.064,23	$ 6.646,22	$ 11.254,34
ANSeS 76/2020 Dec. 163/2020	Marzo 2020	2,3 % + $ 1.500	$ 15.891,49	$ 106.934,71	$ 6.799,08	$ 12.713,19
ANSeS 167/2020 Dec. 495/2020	Junio 2020	6,12 %	$ 16.864,05	$ 113.479,11	$ 7.215,18	$ 13.491,24
ANSeS 325/2020 Dec. 692/2020	Sept. 2020	7,50%	$ 18.128,85	$ 121.990,04	$ 7.756,32	$ 14.503,08

(29) Vigencia Ley 27.426

Thomson Reuters

- Base imponible

Evolución a partir de la vigencia de la ley 26.417

Norma	Fecha	Base Imponible Mínima	Base Imponible Máxima
Res. ANSeS 135/2009	01/03/2009	$ 268,06	$ 8.711,82
Res. ANSeS 65/2009	01/09/2009	$ 287,74	$ 9.351,30
Res. ANSeS 130/2010	01/03/2010	$ 311,36	$ 10.119,08
Res. ANSeS 651/2010	01/09/2010	$ 363,98	$ 11.829,21
Res. ANSeS 58/2011	01/03/2011	$ 427,06	$13.879,25
Res. ANSeS 4482011	01/09/2011	$ 498,89	$ 16.213,72
Res. ANSeS 472012	01/03/2012	$ 586,79	$ 19.070,55
Res. ANSeS 327/2012	01/09/2012	$ 653,81	$ 21.248,45
Res. ANSeS 30/2013	01/03/2013	$ 753,05	$ 24.473,92
Res. ANSeS 266/2013	01/09/2013	$ 861,57	$ 28.000,65
Res. ANSeS 27/2014	01/03/2014	$ 959,01	$ 31.167,56
Res. ANSeS 449/2014	01/09/2014	$ 1.124,06	$ 36.531,48
Res. ANSeS 44/2015	01/03/2015	$ 1.329,31	$ 43.202,17
Res. ANSeS 396/2015	01/09/2015	$ 1.495,34	$ 48.598,08
Res. ANSeS 28/2016	01/03/2016	$ 1.724,88	$ 56.057,93
Res. ANSeS 298/2016	01/09/2016	$ 1.969,12	$ 63.995,73
Res. ANSeS 34-E/2017	01/03/2017	$ 2.234,32	$ 72.289,62
Res. ANSeS 176-E/2017	01/09/2017	$ 2.520,60	$ 81.918,55
Res. ANSeS 28/2018 **(30)**	01/03/2018	$ 2.664,52	$ 86.596,10
Res. ANSeS 88/2018	01/06/2018	$ 2.816,14	$ 91.523,41
Res. ANSeS 128/2018	01/09/2018	$ 3.004,25	$ 97.637,14
Res. ANSeS 242/2018	01/12/2018	$ 3.237,98	$105.233,32
Res. ANSeS 74/2019	01/03/2019	$ 3.621,04	$ 117.682,47
Res. ANSeS 139/2019	01/06/2019	$ 4.009,94	$ 130.321,52
Res. ANSeS 200/2019	01/09/2019	$ 4.499,95	$ 146.246,86

(30) Vigencia Ley 27.426.

Thomson Reuters

Norma	Fecha	Base Imponible Mínima	Base Imponible Máxima
Res. ANSeS 279/2019	01/12/2019	$ 4.893,25	$ 159.028,80
Res. ANSeS 76/2020	01/03/2020	$5.352,24	$ 173.945,70
Res. ANSeS 167/2020	01/06/2020	$5.679,80	$ 184.591,18
Res. ANSeS 325/2020	01/09/2020	$ 6.105,79	$ 198.435,52

I.3.c. Procedimiento administrativo

- Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Plazos. Suspensión.

Dec. 715/2020 (BO 31/08/2020)

Debido a la emergencia pública sanitaria declarada por la pandemia de coronavirus, se dictaron diversas normas —entre las que destacan los decretos que impusieron el aislamiento social preventivo y obligatorio—, que impactaron económica y socialmente en la comunidad, por lo cual y a fin de proteger los derechos y garantías de las personas afectadas, se dispuso la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos reglados por la Ley 19.549 **(31)**, a fin de resguardar los derechos y garantías de los interesados, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan.

Es así como originalmente se dictó el Dec. 298/2020 (BO 20/03/2020) que dispuso la suspensión de dichos plazos hasta el 31 de marzo de 2020, norma que luego fue prorrogada por sucesivos decretos que fueron extendiendo dicha suspensión ininterrumpidamente, conf. Al mantenimiento de la normativa de emergencia, hasta el 20 de septiembre de 2020, fecha esta última determinada por el Dec. 715/2020.

- Feria Fiscal Extraordinaria

Resolución General AFIP 4807/2020 (BO 02/09/2020)

Conf. Lo dispusiera en su momento la Res. Gral. AFIP 1983 **(32)**, durante los períodos anuales coincidentes con el receso o feria del Poder Judicial de la Nación se dispone la denominada feria fiscal, suspendiéndose el cómputo de los plazos de los procedimientos administrativos para la aplicación, percepción y fiscalización de los tributos a su cargo, entre los que se cuentan los recursos de la seguridad social.

En consecuencia, dentro del marco de las medidas requeridas por la emergencia pública producida por la pandemia del coronavirus, y concordantemente con la feria judicial dispuesta por la Acordada 4/2020 **(33)** de la CS, declarando inhábiles los días 16 al 31 de marzo de 2020, luego prorrogada con la emisión de sucesivas Acordadas, la AFIP adopta similar criterio dictando la Res. Gral. 4682/2020 **(34)** que declara la feria fiscal a partir del 16 de marzo de 2020, que posteriormente mediante sucesivas resoluciones generales se extiende hasta el 20 de septiembre de

(31) Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. BO 27/04/1972.

(32) BO 21/12/2005.

(33) CSJN 16/03/2020.

(34) BO 18/03/2020.

Thomson Reuters

2020 tal como lo establece la Res. Gral. AFIP 4807 de referencia.

-ANSeS. Atención virtual

Resolución ANSeS 273/2020 (BO 31/07/2020)

Resolución ANSeS 294/2020 (BO 20/08/2020)

También en función de las medidas requeridas por la emergencia sanitaria y las restricciones derivadas de la normativa sobre el aislamiento social preventivo y obligatorio establecidas en el Dec. 297/20 y sus sucesivas prórrogas, la ANSeS implementó mediante el dictado de la Res. ANSeS 94/2020 **(35)** un sistema de "Atención Virtual", para asegurar la continuidad de los trámites requeridos por los interesados, mediante la utilización de medios electrónicos, definiendo a este como un servicio esencial e indispensable para la comunidad, y estableciendo los términos y condiciones para su uso en su Anexo.

Posteriormente dictó la Res. ANSeS 201/2020 **(36)**, ampliando los trámites a efectuar por este medio, así como las resoluciones 273/2020 y 294/2020 de referencia, mediante las cuales incorpora con la primera: el Subsidio de Contención Familiar, la Actualización de Datos en Base de Personas (ADP) y la Tramitación de la Autorización para el Cobro de la Asignación por Hijo con Discapacidad, y con respecto a la segunda los trámites referentes a Reajuste por Fallo Judicial, Citados para Agregar Documentación o Cese de Servicios y Cambio de Obra Social.

I.3.d. Subsidio de contención familiar

- Dec. 655/2020 (BO 08/08/2020)

El subsidio de Contención Familiar fue creado por el Dec. 599/2006 **(37)** que, con parecidos objetivos, tiene un alcance más amplio que el Subsidio por Sepelio establecido por la ley 21.074, el cual cubría el deceso de los beneficiarios de prestaciones previsionales y se limitaba al reintegro de los gastos funerarios acreditados con la presentación de la factura de la empresa prestadora del servicio de sepelio en determinadas condiciones, hasta un monto establecido y que hasta la fecha no ha sido derogado, con lo cual coexistiría —teóricamente— con este subsidio.

Tal como fue instituido originalmente el subsidio consistía en una suma fija que ascendía a $ 1.000, y que, a partir del 01/05.2006, cubría el deceso de los beneficiarios previsionales, incluyendo no solo a quiénes hubieran obtenido su prestación bajo la ley 24.241, sino también a quiénes se les hubiere otorgado conf. Al régimen anterior de las leyes 18.037 y 18.038, así como a beneficiarios de las Cajas Provinciales de Previsión transferidas al ámbito nacional excepto las Cajas para Personal Policial y Servicios Penitenciarios y de las Pensiones Honoríficas de Veteranos de la Guerra del Atlántico Sur, incluyendo en todos los casos el deceso de familiares a cargo de los beneficiarios y afiliados al PAMI.

Al respecto es importante señalar que la norma define como "beneficiario", no solo a quién se le hubiere acordado la prestación, sino también a quiénes la hubieran solicitado con los requisitos cumplidos, conf. A la ley aplicable, para su obtención

El Dec. 655/2020 que se comenta, modificó el Dec. 599/2006, introduciendo cambios entre los que cabe mencionar, por su relevancia, la ampliación de los beneficiarios del subsidio incluyendo a los beneficiarios de la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM) y de las prestaciones no contributivas que hubieran sido transferidas a la ANSeS.

Asimismo incorpora al subsidio a las personas fallecidas a causa del COVID-19, que no fueran beneficiarias de ninguna de las prestaciones incluidas en dicha cobertura, y se encontraran desocupadas, o se desempeñaran en la economía informal, o se encontraran inscripta en categoría A y B del régimen de Monotributo, o en el régimen de Inclusión Social y Promoción del Trabajo Independiente de la Ley 26.565; o fueran trabajadores declarados en el régimen especial del Personal de Casas Particulares de la ley 26.844; o fueran titulares de las Asignación por

(35) BO 02/04/2020.

(36) Asignación Familiar por Maternidad, Asignación Familiar por Maternidad Down, rehabilitación de haberes previsionales del SIPA y repago de haberes previsionales (BO 30/04/2020).

(37) BO 17/05/2006.

Thomson Reuters

Embarazo para Protección Social o de la Asignación Universal por Hijo, así como "a los niños, adolescentes o personas mayores de edad con discapacidad que generaban la misma" **(38)**.

En estos casos el subsidio de abonará al cónyuge o conviviente conf. Al Art. 53 de la ley 24.241, o al padre o a la madre, o al hijo o hija del causante, siempre que denunciare el fallecimiento y acreditare haber sufragado los gastos de sepelio con la presentación de la factura extendida a su nombre por la empresa funeraria que realizó el servicio.

Conf. Lo dispone el Art. 9 del Dec. 599/2020, esta medida entró en vigencia el día siguiente al de su publicación en el BO, esto es el 09/08/2020.

- Resolución ANSeS 324/2020 (BO 07/09/2020).

Mediante esta resolución, la ANSeS aclara la vigencia de las modificaciones introducidas al régimen del Subsidio de Contención Familiar por el Dec. 599/20, en cuanto amplía la nómina de los beneficiarios que pueden acceder a este, determinando que su pago procederá cuando el fallecimiento hubiera ocurrido a partir de la fecha de entrada en vigencia del decreto, que hemos indicado precedentemente, esto es el 09/08/2020.

Con respecto a las solicitudes de pago del subsidio respecto a personas beneficiarias de prestaciones no contributivas transferidas a la ANSES, cuyo deceso se hubiera producido durante el período transcurrido desde la fecha de transferencia determinada por el Dec. 746/2017, 01/10/2017 **(39)**, hasta la fecha de entrada en vigencia del Dec. 995/2020, deberán ser presentadas dentro del plazo de un año a contar de dicha fecha de vigencia y en estos casos se abonará el monto del subsidio vigente al deceso del causante.

I.4. Programas sociales

I.4.a. Programa de asistencia de emergencia al trabajo y la producción

-Dec. 332/2020 (BO 01/04/2020)

-Dec. 347/2020 (BO 06/04/2020)

-Dec. 376/2020 (BO 20/04/2020)

- Dec. 621/2020 (BO 27/07/2020)

Dentro de las medidas tendientes a paliar los efectos de la pandemia de COVID-19 y su secuela de restricciones derivadas de la emergencia pública sanitaria, que produjeron un impacto negativo incidiendo desfavorablemente en la actividad productiva y el empleo, se crea mediante el dictado del Dec. 332/22020, complementado por sus modificaciones que se comentan, el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, cuyos lineamientos principales se basan en la implementación de los siguientes beneficios:

a) Postergación o reducción hasta el 95% de las contribuciones patronales al SIPA.

b) Pago por el Estado de un salario complementario a los trabajadores en relación de dependencia del sector privado.

c) Crédito a tasa cero para monotributistas en las condiciones a determinar por la jefatura del Gabinete de Ministros y el Banco Central.

d) Sistema integral de Prestaciones por desempleo. Eleva las prestaciones que otorga a un mínimo de $ 6.000 y un máximo de $ 10.000 **(40)**.

e) Crédito a tasa subsidiada para empresas en las condiciones a determinar por la jefatura del Gabinete de Ministros y el Banco Central **(41)**.

A continuación establece los requisitos que deberán cumplir los interesados en acogerse a estos beneficios, disponiendo la exclusión de quienes realicen actividades y servicios declarados esenciales y cuyo personal haya sido exceptuado del cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio conf. a las disposiciones del Dec. 297/2020 **(42)**, las correspondientes

(38) Art. 6, *in fine*, Dec. 655/2020.

(39) Art. 15 Dec. 714/2017 (BO 26/09/2017).

(40) Conf. Art. 10 del Dec. 332/2020 según modificación Dec. 376/2020.

(41) Art. 2 Dec. 332/2020, Inc. e) incorporado por el Dec. 621/2020

(42) BO 20/03/2020.

Thomson Reuters

decisiones administrativas y sus sucesivas ampliaciones **(43)**.

Con respecto a la reducción y postergación de las contribuciones patronales define que serán establecidos por la Jefatura del Gabinete de Ministros e instruye a la AFIP para disponer vencimientos especiales para su pago.

Determina que el Salario Complementario será abonado por la ANSeS y su monto será equivalente al 50 % del salario neto del trabajador correspondiente al mes de febrero de 2020. no pudiendo ser inferior al salario mínimo vital u móvil ni superar a dos de estos, o al total del salario neto correspondiente a ese mes **(44)**.

Entre otra de las disposiciones que conviene mencionar**,** se encuentra la correspondiente al Crédito a Tasa Cero para monotributistas y trabajadores autónomos cuya actividad económica se haya visto afectada en forma crítica y hayan tenido una reducción real de facturación con posterioridad al 12 de marzo de 2020, o una cantidad relevante de estos hayan sido contagiados por COVID-19 o en aislamiento obligatorio **(45)**, el cual consistirá en una financiación que será acreditada en la tarjeta de crédito del beneficiario y cuyo monto no podrá exceder de la cuarta parte del límite superior de ingresos brutos establecido para cada categoría del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes , con un límite máximo de $ 150.000 **(46)**.

Finalmente dispone que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la AFIP y la ANSeS, podrán dictar las normas operativas requeridas para su aplicación y faculta al Poder Ejecutivo Nacional a extender la vigencia del este decreto, sobre la cual dispone que resultará de aplicación respecto de los resultados económicos ocurridos a partir del 12 de marzo de 2020 y sus beneficios podrán extenderse hasta el mes de diciembre de 2020, aún cuando el aislamiento social preventivo y obligatorio haya concluido.

-Empleadores. Servicio Web. Creación. Procedimiento

Resolución General AFIP 4693/2020 (BO 09/04/2020)

Resolución General AFIP 4805/2020 (BO 29/08/2020)

Conf. a la facultad que el Dec. 332/2020 le confiriera a la AFIP de dictar las normas operativas requeridas para su aplicación, mediante la Resolución General 4693 de referencia, crea el servicio WEB denominado "Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción - ATP", al cual deberán ingresar los empleadores a fin de acceder a los beneficios establecidos por la citada norma.

Para ello deberán contar con Clave Fiscal Nivel de Seguridad 3 como mínimo y poseer Domicilio Fiscal Electrónico y registrarse en dicho servicio entre los días 9 y 15 de abril.

Este plazo fue modificándose mediante el dictado de sucesivas resoluciones generales que modificaron y complementaron la Res. Gral. AFIP 4639, extendiéndose hasta el 3 de septiembre de 2020 inclusive conf. lo establece la Res. Gral. AFIP 4805/2020 de referencia.

- Monotributistas. Créditos Tasa Cero.

Resolución General AFIP 4707/2020 (BO 30/04/2020)

Resolución General AFIP 4708/2020 (BO 11/05/2020

La AFIP, también en función de la facultad que le otorga el Dec. 332/2020 de dictar las normas operativas para su aplicación, y con respecto al beneficio de Crédito Tasa Cero para monotributistas y trabajadores autónomos que dicha norma instituye, dicta la resolución general 4707/2020, mediante la cual crea el servicio Web denominado "Crédito Tasa Cero", al que deberán ingresar los interesados con Clave Fiscal habilitada nivel de seguridad 2, debiendo para ello poseer Domicilio Fiscal Electrónico a

(43) Art. 4 Dec. 332/2020 conf. modificación Dec. 347/2020.

(44) Art. 8 Dec. 332/2020, modif. por Dec. 376/2020.

(45) Conf. Art. 3 Dec. 332/2020, modif. por Dec. 621/2020.

(46) Art. 9 Dec. 332/2020, modif. por Dec. 376/2020.

Thomson Reuters

más de cumplir con los requisitos que le impone el citado Dec. 332/2020.

Una vez ingresado al sistema, este le indicará los montos mínimos y máximos del crédito a otorgar, debiendo informar —dentro de dichos parámetros—, el monto del crédito que solicita, así como el número de la tarjeta de crédito bancaria a ser utilizada, aclarando que en caso de no poseerla, deberá informar la entidad bancaria de su elección para la tramitación del crédito correspondiente.

Por su parte la AFIP informará al Banco Central, el crédito a otorgar, los importes del impuesto integrado y cotizaciones previsionales de los monotributista y los aportes previsionales en el caso de los trabajadores autónomos, correspondientes a los tres períodos fiscales con vencimiento posterior al otorgamiento del crédito.

Otorgado el crédito por parte de la entidad bancaria, esta adicionará a cada una de las cuotas de desembolso, el monto equivalente a dichas obligaciones conf. a la información efectuada por la AFIP.

Este procedimiento se complementa con lo dispuesto por la resolución general AFIP 4708/2020, que trata de la información que la AFIP pondrá a disposición de las entidades bancarias otorgantes del crédito con respecto a los Volantes Electrónicos de Pago con los valores correspondientes al monto del monotributo o a los aportes previsionales en el caso de los trabajadores autónomos, y sus respectivos vencimientos a fin de que estas procedan a su cancelación al efectuar el desembolso de cada cuota del crédito.

II. Jurisprudencia

II.1. Asignaciones familiares

Derecho a su percepción. Trabajo en establecimientos penales

CSJN 11/02/2020, "Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ hábeas corpus"

En este meduloso fallo, la Corte se expide ampliamente sobre los derechos de las mujeres privadas de libertad, a la cobertura integral de los beneficios de la seguridad social que le corresponden en su condición de madres de hijos menores, o embarazadas, así como a los derechos del niño consagrados por tratados internacionales que nuestro país suscribió.

Concretamente se trata del reclamo interpuesto mediante la denuncia de habeas corpus hecha por la Procuración Penitenciaria de la Nación, a la cual se acumuló una de igual tenor deducida por la Defensoría General de la Nación, en representación de las mujeres privadas de su libertad en el Centro de Detención de Mujeres —unidad 31—, embarazadas o que optaron por permanecer con sus hijos menores de 4 años (art. 195 de la ley 24.660), a fin de que se les otorguen las Asignaciones Familiares que le corresponden en su condición de internas que trabajan —y para las que no lo hacen la Asignación Universal por hijo y la Asignación Universal por embarazo— de la ley 24.714 que les fuera denegado por la ANSeS, el Servicio Penitenciario Federal (SPF) y el Ente de Cooperación Técnica y Financiera del Servicio Penitenciario Federal (ENCOPE).

Tal pretensión fue a su vez rechazada por la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, no obstante la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a los recursos de casación interpuestos por los denunciantes y ordenó a la ANSeS que, en los casos en que correspondiere, otorgara al colectivo actor los beneficios de la ley 24.714. Para así decidir fundó su competencia en las disposiciones de los arts. 107, Inc. g) y 121 de la ley 24.660, considerando además que la diversidad de situaciones no constituía fundamento suficiente para el rechazo de la acción intentada.

Contra dicho pronunciamiento la ANSeS interpuso recurso extraordinario que le fuera denegado, originando la queja que habilitó la intervención de la CS.

En primer lugar el Alto Tribunal se aboca a determinar la procedencia del recurso, desechando a priori los agravios esgrimidos por remitir a cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal, ajenas al remedio del Art. 14 de la ley 48, y señalando además que la interpretación dada por los jueces de la causa ha sido en favor de los derechos reclamados que están consagra-

Thomson Reuters

dos en la CN y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por otra parte, entre los agravios esgrimidos se alega violación al principio de igualdad en materia procesal, argumento que la Corte rechaza por no surgir de las constancias de autos, analizando especialmente las correspondientes a la audiencia del Art. 14 de la ley 23.098 y señalando que tampoco en la apelación federal se invocaron defensas que la que recurrente se haya visto privada de oponer.

Con respecto a la procedencia del habeas corpus interpuesto, como vía apta para dirimir la cuestión, la Corte señala que la finalidad fundamental de dicho instituto consiste en la protección de la persona amparada y no tanto a la autoridad estatal demandada (Fallos: 302:1097; 307:1039; 318:1894 y 321:3646).

"En tal sentido la Corte ha dicho que, con la extensión del procedimiento sumarísimo de *habeas corpus* a la protección de la dignidad y respeto a la persona, con los que debe cumplirse la privación de la libertad, el legislador ha buscado establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen. Pues, lo que caracteriza el instituto *sub examine* es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la protección de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención, y cuando ello no aconteciere por cualquier razón (Fallos: 322:2735, consid. 4º)".

Y concretamente con respecto a la cuestión objeto de la litis, señaló que: "Sostuvo también que el ingreso a una prisión no despoja a la persona de la protección de las leyes y, en primer lugar, de la CN, de modo que toda situación de privación de la libertad impone al juez o funcionario que la autorice el deber de garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos del detenido no afectados por la medida de que se trate (Fallos: 327:5658).

Se refiere a continuación al derecho a los beneficios de la seguridad social y a su carácter integral e irrenunciable que le confiere expresamente el Art. 14 bis de la CN definiendo que: "En consonancia con lo expresado, los derechos de las niñas y niños, alojados con sus madres requieren su protección integral para garantizarles el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación es parte, los cuales deben ser asegurados por su máxima exigibilidad".

Asimismo expresa que las mujeres detenidas con sus hijos ejercen la responsabilidad parental, de modo que negarles las beneficios de las Asignación Universal por Hijo viola el principio de no trascendencia de la pena (Art. 5, Inc. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en cuanto a las embarazadas la ley 24.714 no hace distingo alguno que les impida acceder a la asignación correspondiente.

En cuanto a la argumentación relativa a que el servicio penitenciario asegura la asistencia y provee de todo los necesario para el cuidado del hijo, la desecha haciendo mérito de las declaraciones de las internas sobre su precariedad.

Se refiere luego a la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, que en su Art. 6 define como violencia institucional a aquella realizada por funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a instituciones públicas, que tengan como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en dicha ley, así como a la Convención sobre los Derechos del Niño que establece como consideración primordial en todas las medidas que tomen a su respecto las instituciones públicas, el interés superior del niño asegurando la protección y el cuidado necesario para su bienestar.

Finalmente expresa que: "Que a la luz de la normativa vigente cabe concluir que la denegación de los beneficios en cuestión ha constituido efectivamente un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos, pese a que las normas y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad establecen, como uno de los estándares

Thomson Reuters

mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables".

Por todo lo expuesto y considerando que los agravios articulados no son hábiles para respaldar la apertura de la instancia del Art. 14 de la Ley 48, se desestima la queja interpuesta.

II.2. Previsión social

II.2.a. Haberes

Reajuste. Reparación histórica. Acuerdo rechazado. Homologación

CFed. Seg. Social, Sala III, 17/06/2020, "Bernabé, Susana Beatriz c/ANSeS s/Incidente de Acuerdo Transaccional"

En el caso se trata del rechazo de la homologación de un Acuerdo celebrado por las partes bajo los términos de la ley 27.260 de Reparación Histórica en el cual intervino el Juzgado Federal de Seguridad Social n° 5, que como fundamento de su postura sostuvo que este se apartaba de las pautas fijadas judicialmente en el caso para el reajuste del haber jubilatorio en cuestión por lo cual no satisfacía los intereses contrapuestos que llevaron al pleito.

Tal resolución es apelada por la ANSeS, que tilda de arbitraria la sentencia en cuanto ignoró la autonomía de la voluntad del jubilado exteriorizada en el acuerdo conf. a las disposiciones de la ley 27.260, —norma esta de orden público-, que confirió competencia la ANSeS para su celebración, habilitando esta aún en los casos en que hubiera juicio iniciado con o sin sentencia firme como lo expresa concretamente en su Art. 1°, y disponiendo que estos deben ser homologados judicialmente a fin de que el acuerdo transacción tenga el efecto de cosa juzgas, dándose por concluido en consecuencia el proceso judicial, conf. lo dispone el Art. 6 de la citada ley 27.260.

El tribunal de Alzada señala en primer lugar que el a quo no alega la falta de algún elemento objetivo que pudiera invalidar el acto jurídico celebrado, fundando su posición en la inequidad que produce la falta de equivalencia entre los intereses particulares transados.

Sobre este punto expresa : "Sin embargo, vale tener presente que: "Si bien no cabe desconocer al Juez la potestad de examinar la capacidad y personería de quienes realizan una transacción, así como también la transigibilidad de los derechos de que se trate, ello no implica que pueda, de oficio, hipotéticamente considerar la entidad de las concesiones que las partes se efectúen y en base a ellas denegar la homologación pretendida, máxime cuando la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que los sacrificios que realicen cada uno de ellos no necesariamente deben ser de valor igual o equivalente, ya que la finalidad de la transacción es extinguir obligaciones litigiosas. (Conf. CNCiv, Sala E, autos "INMAR S.A.I.C. c/M.C.B.A. s/RESCISIÓN", sentencia del 19/10/92)".

En consecuencia y subrayando que no existe evidencia de alguna causa objetiva que impida la ratificación judicial del acuerdo, habiéndose cumplido los recaudos exigidos por la ley 27.260 para su celebración, resuelve revocar la sentencia apelada.

En función de ello considera que resulta imperioso evitar la dilación del trámite, a fin de dar certeza al pacto y permitir que el interesado pueda acceder al reajuste de su haber y al cobro del retroactivo correspondiente conf. a los términos de la ley 27.260, por lo cual conf. a las facultades que le confiere los art. 227 y 272 del CPCCN, y por razones de celeridad y economía procesal, estima pertinente no devolver las actuaciones al juzgado de origen y proceder a homologar el Acuerdo Transaccional celebrado ente la partes en el marco de la ley 27.260, aprobando la liquidación adjunta.

Con costas por su orden, conf. al Art. 21 de la ley 24.463 y punto 'V' del Acuerdo Transaccional celebrado entre el actor y el organismo.

II.2.b. Pensión

Haberes. Tope. Recurso extraordinario. Procedencia

CSJN 06/08/2020, "Gotheil, Gemma Maria c/ ANSeS s/ amparos sumarísimos"

En el caso, mediante la vía del amparo la accionante reclama contra la aplicación del tope

Thomson Reuters

del Art. 9 de la ley 24.463. que la ANSeS —no obstante haber obtenido en su momento sentencia judicial favorable—, aplica sobre el haber de su pensión, produciéndole una merma confiscatoria en su monto contra lo cual la accionante invoca la doctrina de la Corte sentada en el caso Actis Caporale (Fallos : 323:4216).

Planteada así la cuestión, la vía del amparo intentada es rechazada en primera instancia, pero aceptada por el tribunal de alzada, en el caso la Sala II de la CFed. Seg. Social, que dispuso se diera curso a la acción. No obstante al expedirse sobre la cuestión de fondo revocó dicha decisión por entender que debía iniciarse un proceso de ejecución

Contra dicha decisión la amparista interpuso recurso extraordinario que le fuera denegado, originando la queja que habilita la intervención del Alto Tribunal.

La Corte en primer lugar se expide sobre la procedencia del recurso extraordinario intentado que resuelve favorablemente expresando conf. a su conocida postura : "Que aun cuando los agravios de la apelante remiten al examen de cuestiones de índole procesal, materia regularmente ajena a la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48, ello no es óbice para su consideración por el Tribunal cuando —como en el caso— el a quo prescindió de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a las constancias de la causa (Fallos: 340:898 y sus citas) y omitió expedirse sobre la cuestión objeto de la demanda".

Sobre la señalada omisión del fallo impugnado, esto es la aplicación de los topes establecidos por el Art. 9 de la ley 24.463 sobre los haberes de su pensión, subraya que "[..] el debate sobre la vía adecuada para obtener el cese del descuento, se tradujo en una demora injustificable en la satisfacción del reclamo de la pensionada, que ya había sido perjudicada con la aplicación de un límite del cual el beneficio originario había sido liberado y dejó carente de respuesta jurídica a la controversia".

Entrando al análisis del fondo de la cuestión, entiende que asiste razón a la amparista en tanto que de las constancias de autos resulta sin lugar a dudas que la aplicación de la normativa impugnada, produce una disminución del haber de su pensión, que resulta inadmisible conf. a la doctrina establecida por el Alto tribunal en la causa "Actis Caporale" invocada por la actora.

Por otra parte, haciendo mérito de la situación de la actora y del tiempo insumido desde que se inició la acción resuelve expedirse en forma definitiva sobre el fondo de la cuestión planteada, esto es la aplicación del tope de haberes del Art. 19 de la ley 24.463, conf. a la facultad que le atribuye el Art. 16 de la ley 48.

"La avanzada edad de la actora, el tiempo transcurrido desde que se iniciaron las actuaciones —año 2012— y la naturaleza alimentaria de los derechos en juego, justifican que el Tribunal haga uso de la facultad que confiere el art. 16, segunda parte, de' la ley 48 (Fallos: 189:292;212:64; 214:650; 220:1107; 223:172; 240:356; 311:762 y 1003, entre otros) y se expida en forma definitiva respecto de la cuestión vinculada a la aplicación del art. 9° de la ley 24.463".

En consecuencia resuelve hacer lugar a la queja, admitiendo el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada, confirmando el fallo de primera instancia en cuanto ordena la ANSeS de abstenerse de aplicar el tope del Art. 9 de la ley 24.463. Con costas por su orden.

II.3 Riesgos del trabajo

II.3.a. Accidente de trabajo

Indemnización. Responsabilidad Civil. Recaudos

CNTrab., Sala X, 25/08/2020, "Núñez, Mario Rubén c/ Transportes KRGA S.A. s/ Accidente – Ley especial"

Se trata en el caso de un accidente de trabajo por el cual la actora reclama la indemnización integral incluido daño moral y psíquico con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Ccivil.

Planteada la cuestión en primera instancia, el a quo hizo lugar al pago de las prestaciones conf. A Ley de Riesgos del Trabajo, rechazando en cambio el planteo de responsabilidad civil por entender que no se han demostrado los presupuestos de responsabilidad que la hagan viable, tanto con respecto a la empresa empleadora como a la ART codemandada.

Thomson Reuters

Al respecto señala el Tribunal de Alzada, que la mecánica del siniestro tal como la expuso el actor —y que no fue objetada-, consistió en un acontecimiento súbito producido mientras este descargaba un camión, momento en que sufrió un resbalón a resultas de lo cual quedo colgando al costado del vehículo agarrado con su brazo izquierdo., derivando de ello la incapacidad reconocida del orden del 8,54 %.

Por ello concluye la Cámara que no resulta del caso así expuesto una conexión directa entre el evento intempestivo y la responsabilidad que por inobservancia del deber de prevención podría caberle a la aseguradora, expresando que: "Reciente jurisprudencia del Alto Tribunal se ha encargado de señalar que si bien no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Cód. Civil por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, no es posible responsabilizar a las aseguradoras si no concurren algunos de los presupuestos que originan el deber de reparar (cfr. CSJN, 26/02/2019, "García Águila, Mario Gabriel", consid. 6 voto del juez Maqueda)".

Y agrega: "Más aún, se ha dicho que el deficiente ejercicio del deber de control en materia de higiene y seguridad, más allá de su naturaleza jurídica, no puede generar responsabilidad con independencia del nexo causal adecuado, ya que este es un requisito indispensable para la procedencia de la acción resarcitoria (cfr. CSJN, "Rivero", Fallos 325:3265, reiterado en "Palacín", Fallos 341:1611 con remisión al dictamen del Procuradora Fiscal)".

En relación a la responsabilidad que conf. A los términos del Art. 113 del Ccivil se pretende asignar a la empleadora, llega a igual conclusión, señalando que las circunstancias del accidente no denotan un vínculo inmediato entre este y el obrar antijurídico que el actor le imputa, estimando además que la pericia técnica invocada por el recurrente como prueba de ello no resulta concluyente , a lo cual se suman las declaraciones de los testigos propuestos por la demandada -que no fueron observados oportunamente— y que no presenciaron el acontecimiento dañoso, los que coincidieron en que la descarga de la mercadería estaba a cargo de personal especializado y no del accionante.

Además y con respecto a la atribución a la empleadora de la responsabilidad civil por el hecho dañoso, expresa el sentenciante que: "Sin perjuicio de la evolución que ha seguido el tema en la órbita laboral, no puede dejar de advertirse que, para la procedencia de la responsabilidad objetiva regulado en dicho dispositivo, se ha entendido de manera general el damnificado debe acreditar: a) la intervención activa de la cosa riesgosa o viciosa, o que el daño provenga del riesgo de la actividad desplegada, b) el daño resarcible y c) la relación de causalidad puramente material entre el riesgo de la cosa y el daño (cfr., CNAC, Sala A, 19/09/2014, 'F.M, C.D c/ COTO C.I.C.S.A. s/ daños y perjuicios')".

Por todo ello resuelve desestimar los agravios presentados por el recurrente, y confirmar el fallo apelado, imponiendo las costas en el orden causado, atento la falta de réplica al recurso interpuesto.

II.3.b. ART. Obligaciones

Deber de prevención. Sanciones. Procedencia

CNCom., Sala C, 08/09/2020, "Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/ Experta ART S.A. s/ Organismos Externos"

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en uso de sus atribuciones, impuso a la sumariada la aplicación de una multa por cuanto esta no habría realizado los exámenes médicos periódicos requeridos para la detección de afecciones producidas por agentes de riesgos a diez trabajadores de un empleador, incumpliendo así el art. 3, Inc. 2 y 3 de la Res. SRT 37/2010 **(47)**, que expresamente lo dispone.

Recurrida la sanción, el Tribunal de Alzada, en el caso, la sala C de la CNCom., luego de especificar que lo que aquí se imputa a la sumariada es no haber realizado los exámenes oftalmológicos periódicos a los trabajadores expuestos a radiaciones no ionizantes, considera que esta no

(47) Dicha norma expresamente dispone con respecto a los exámenes periódicos, su obligatoriedad con determinada frecuencia y contenidos mínimos, en los casos en que exista exposición a agentes de riesgo, estableciendo que su realización es responsabilidad de la ART o del empleador autoasegurado. Art. 3, inc. 2 y 3 Res. SRT 37/2010, BO 20/01/2010.

Thomson Reuters

ha desvirtuado los fundamentos expuestos por la Superintendencia para la procedencia de la sanción, ni acreditado la efectiva realización de los estudios de salud requeridos

Señala la Cámara que: "Queda fuera de discusión, en el contexto del sistema de riesgos del trabajo, que son las ART. las responsables de la realización de los exámenes médicos por lo que, consecuentemente, deben controlar que el empleador cumpla con ellos en caso de haberlo acordado así, o bien asumir la responsabilidad de manera directa. En ambos casos, tal como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, es la propia aseguradora quien responde ante la falta de realización de los respectivos estudios médicos a los trabajadores", citando en apoyo de su aserto los fallos emitidos por dicha sala en casos similares: "Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Barkley ART. S.A. s/ organismos externos" 29/08/2011; "Superintendencia de Riesgos del Trabajo - Productores de Frutas Argentinas COP. de Seg. ART SA s/ organismos externos" 02/09/2014; "Superintendencia de Riesgos del Trabajo - Federación Patronal Seguros SA s/ organismos externos, 30.10.2014; "Superintendencia de Riesgos del Trabajo - Productores de Frutas ART s / Orgel. Externos" 1.6.2017; "Superintendencia de Riesgos del Trabajo - Seis Medical s/ organismos externos", 8.8.2017, entre otros)

Por tanto resuelve que corresponde desestimar los agravios de la recurrente ratificando la procedencia de la sanción impugnada, aun cuando también resuelve con relación a su monto dispone que "sin perder de vista la entidad de las faltas cometidas, se adelanta que, en especial consideración de las particularidades del caso, aquel ha de ser reducido", en función de lo cual disminuye su importe de los 750 Mopres impuestos por la Superintendencia a la cifra de 451 Mopres que considera más acorde a la infracción cometida.

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Reintegro de créditos fiscales. Operaciones de exportación. Prueba. Confirmación parcial del reintegro.

1. — En la medida en que la firma actora produjo un principio de prueba demostrativo de la realidad —parcial en algunos casos— de las adquisiciones, es decir, presentó las facturas al solicitar el reintegro de IVA, canceló los importes correspondientes mediante cheques propios, asimismo acompañó las órdenes de compra, como los documentos relacionados con el traslado y la recepción de la mercadería, al Fisco le incumbía demostrar que el precio y, en particular, el Impuesto al Valor Agregado, no habían sido pagados ni retenidos **[1]**.

2. — La demanda promovida por una empresa con el objeto de obtener el reintegro de créditos fiscales correspondientes a las operaciones de exportación debe ser admitida, pues se encuentra acreditada la verdadera existencia de las ventas cuyo reintegro de créditos fiscales se reclama, dado que de la prueba pericial contable surge probado que, respecto de las facturas expedidas por los proveedores, aparecen registrados en los libros de comercio de la firma los pagos correspondientes a cada cancelación de facturas emitidas y, en su caso, el detalle de las cuentas de las cuales fueron debitados los pagos, sus montos y las fechas aludidas. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Gallegos Fedriani).

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 01/10/2020. - Compañía Procesadora de Carnes SA c. EN - AFIP - DGI s/ Proceso de conocimiento.

[Cita on line: AR/JUR/46634/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, "Frigorífico Lamar S.A. c. E.N.- A.F.I.P. - D.G.I. - resol 141/12 (LGCN) s/ Dirección General Impositiva", 28/05/2020, AR/JUR/17853/2020.

COSTAS

Costas de ambas instancias por su orden en atención a que ambas partes resultaron vencedoras y vencidas (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

6314/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 1 de 2020.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Gallegos Fedriani* dijo:

I. Que por sentencia del 29 de noviembre de 2019, el Sr. Juez de la anterior instancia rechazó la demanda promovida por la Compañía Procesadora de Carnes SA, con el objeto de obtener el reintegro de créditos fiscales correspondientes a las operaciones de exportación llevadas a cabo durante los meses de septiembre y diciembre de 2006, enero, mayo, junio y noviembre de 2007, febrero y marzo de 2008, con costas.

II. Que el 05/12/2019 apeló la actora, quien expresó agravios el 18/02/2020, los que fueron contestados por su contraria el día 03/08/2020. El 14/08/2020 se llamaron autos para sentencia.

III. Que para resolver como lo hizo el Sr. Juez de la anterior instancia analizó la prueba contenida en las actuaciones administrativas y concluyó que los créditos fiscales cuyo reintegro la actora pretende no existieron en la realidad. Ello, con base en el requisito exigido por el art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

IV. Que si bien corresponde poner de relieve que los expedientes administrativos, incluso de las empresas estatales, tienen valor de prueba en juicio y para apartarse de sus constancias no es suficiente un desconocimiento genérico de su contenido, siendo necesario que se especifiquen sus fallas suministrando prueba de ellas. Con mayor rigor, llegó a establecerse en algunos casos que las constancias administrativas tienen el valor probatorio de instrumentos públicos con fundamento en la presunción de validez y regularidad de los actos de los funcionarios públicos, y ello aun tratándose de las empresas estatales (conf. C.Fed. en lo Cont. Adm.

Thomson Reuters

Sala II, *in re* "Dar SA"; sentencia del 13/07/1995; Sala III, *in re:* "Distribuidora de Gas del Sur", del 21/09/1993; Sala IV, *in re:* "Romera, Marcos", sentencia del 21/09/1993; esta Sala *in re:* "YPF c. Cía. de Obras y Servicios Públicos s/ contrato de obra pública", sentencia del 28/04/1997; CSJN, Fallos: 259:398; 281:173), corresponde en este caso analizar la prueba producida en la causa.

V. Que el artículo 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (aplicable en la especie) determina que salvo disposición en contrario: "...los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

La libre apreciación de las pruebas reconoce en nuestro ordenamiento el marco legal de la "sana crítica", expresión que comprende la necesidad de valorar los distintos medios, explicando las razones que ha tenido el juez para formar su convicción al ponderar con un sentido crítico la variedad de pruebas.

La sana crítica se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios, la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia, es decir el conocimiento de la vida y de los hombres que posee el juez, simples directivas, indicaciones o consejos dirigidos al sentenciador y respecto de los cuales este es soberano en su interpretación y aplicación. Naturalmente que si es arbitraria o absurda no puede pretenderse la validez de tal determinación judicial (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado con el Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Editorial Astrea, Tomo 2, p. 356; esta Sala *in re:* "Ayerbe, Lázaro c. Ministerio de Justicia de la Nación", sentencia del 26/05/1998; "Martínez, Eliseo David c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios", sentencia del 16/03/2001).

VI. Que sobre la base de lo expuesto anteriormente, adelanto desde ya que contrariamente a lo determinado por el Sr. Juez de la anterior instancia, se encuentra acreditada en este expediente judicial la verdadera existencia de las ventas cuyo reintegro de créditos fiscales correspondientes a las operaciones de exportaciones se reclama.

En efecto, de la prueba pericial contable surge probado que respecto de las facturas expedidas por los proveedores de la actora, aparecen registrados en los libros de comercio de la Compañía Procesadora de Carnes SA los pagos correspondientes a cada cancelación de facturas emitidas, y en su caso, el detalle de las cuentas de las cuales fueron debitados los pagos, sus montos y las fechas aludidas (ver prueba pericial del 01/08/2018).

VII. Que a tenor de lo allí expuesto, corresponde estar a la siguiente prueba informativa:

Contestación del 31/01/2018 del Ministerio de Agroindustria de la Nación donde surge que se encuentran registrados en la Dirección de Matriculación: a) Agrocar Argentina SA, con matrícula de Consignatario y/o Comisionista de Ganado y Matarife Abastecedor Bovino. b) Hacencar SA, con matrícula de Consignatario y/o Comisionista de Ganado. c) Sucesión de José Hugo Ricardi, con matrícula de Consignatario y/o Comisionista de Ganado. Asimismo, surge que Laura Grivetto e Hijos SRL no contó con matrículas vigentes para los años solicitados.

Contestación del 21/02/2018 del Ministerio de Agroindustria de la Provincia de Buenos Aires, donde figuran las guías de traslado de Hacencar SA, de Laura Grivetto e Hijos SRL, de Sucesión de José Hugo Ricardi y de Agrocar SA.

VIII. Que el 30/05/2018, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 15, Secretaría N° 29, informó en el Expte. N° 1799/2006, "Hacencar SA c. Álvarez Sáez Hugo Ernesto y otro s/ ordinario", que la actividad económica ejercida por Hacencar SA es la de operador del mercado de hacienda como consignatario.

IX.Que el 18/12/17 obra respuesta de la AFIP-DGI donde informa respecto de Agrocar Argentina S.A, Hacencar SA, Laura Gravetto e Hijos SRL y Sucesión de José Hugo Ricardi, la fecha de detección y publicación en la base e-Apoc de los contribuyentes antes mencionados.

Thomson Reuters

X. Que de lo hasta aquí expuesto y analizado, entiendo que las operaciones objetadas por la AFIP-DGI fueron efectivamente realizadas, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora, revocar la sentencia de la anterior instancia y en consecuencia dejar sin efecto la Resolución N° 77/2015 dictada por el Sr. Director de la Dirección Regional Devoluciones a Exportadores de la Dirección General Impositiva, debiendo la demandada pagar el reintegro de créditos fiscales correspondientes a las operaciones de exportación llevadas a cabo durante los meses de septiembre a diciembre de 2006, enero, mayo, junio y noviembre de 2007 y febrero y marzo de 2008, por el monto de $122.038,08 (comprensivo de $50.260,39 en concepto de capital y de $71.777,64 en concepto de intereses resarcitorios abonados), con más los intereses correspondientes en los términos del artículo 179 de la Ley 11.683, con imposición de costas en ambas instancias en el orden causado, habida cuenta de lo dificultoso de la cuestión en debate (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así voto.

El doctor *Alemany* dijo:

I. Que adhiero a lo expresado en el voto precedente en orden a que la sentencia dictada por el juez *a quo* prescindió de la valoración de documentación agregada en las actuaciones y de las medidas de prueba concretas producidas en la causa, tendientes a acreditar la existencia y veracidad de las operaciones. Sin perjuicio de ello, considero que no se encuentran reunidas las condiciones para acceder al reconocimiento de la totalidad del crédito fiscal reclamado por la actora en los presentes autos.

Al respecto, de las presentes actuaciones (ver Anexos 5, 6, 7 y 8) resulta que la firma actora presentó copia de las facturas emitidas por cada uno de los proveedores cuestionados, las órdenes de pago, los cheques, los recibos y las guías de traslado de la hacienda adquirida para su posterior exportación, luego de ser faenada.

En tal sentido, se ha expresado que, probada la existencia de la entrega de las mercaderías (en este caso de la hacienda) así como el pago del precio y del Impuesto al Valor Agregado respectivo, el derecho del exportador a la devolución prevista en el artículo 43 de la ley que rige ese gravamen no está condicionado al hecho de que los proveedores con los que operó hayan cumplido con sus obligaciones sustantivas, ni releva al Fisco de su inexcusable deber de verificar, fiscalizar y cobrar las sumas adeudadas por aquellos, responsabilidad que no puede transferir a terceros (cfr. CSJN causa B. 841. XLVI. "Bildown SA c. Fisco Nacional (AFIP-DGI) s/ ordinario", del 27 de diciembre de 2011); y, en tal caso, al Fisco le incumbe probar la inexistencia o la falta de veracidad de las operaciones impugnadas.

II. Que, en consecuencia, corresponde examinar la documentación acompañada respecto de cada uno de los proveedores a modo de poder identificar la medida de la procedencia de su solicitud.

En lo relativo al proveedor Agrocar Argentina SA: se halla demostrada la compra, el pago, el transporte y la entrega de la mercadería comprometida en las facturas comerciales N° 938 y 939 y se advierte correspondencia entre la hacienda consignada en esas compras con la indicada en las respectivas órdenes de pago, los cheques utilizados para su cancelación, el recibo y la guía de traslado de los animales. Por ende, corresponde que le sea reconocido el crédito por IVA de dichas compras.

En el caso de la factura N° 944, las guías de traslado acompañadas no resultan suficientes para acreditar la entrega de la totalidad de la hacienda. En consecuencia, no se logró probar la veracidad de una fracción de dicha operación, relativa a 51 cabezas de ganado, medida por la cual el crédito no debe ser reconocido.

Finalmente, con relación a las facturas N° 2812 y 2813 no se encuentra agregada la documentación tendiente a acreditar el circuito constituido por la compra, el pago, el traslado y la entrega de dicha mercadería, de modo que no cabe reconocer el crédito reclamado por estas dos operaciones.

En lo relativo al proveedor Hacencar SA: se halla demostrada la compra, el pago, el transporte y la entrega de la mercadería comprometida en las facturas comerciales N° 7502, 7579, 7606 y 7607 y se advierte la correspondencia en-

Thomson Reuters

tre la hacienda consignada en esas compras con la indicada en las respectivas órdenes de pago, los cheques utilizados para su cancelación, el recibo y la guía de traslado relativa a dichos animales. Por ende, corresponde que le sea reconocido el crédito por IVA de dichas compras.

Finalmente, con relación a las facturas N° 7620 y 7707 no se encuentra agregada la documentación tendiente a acreditar el circuito constituido por la compra, el pago, el traslado y la entrega de dicha mercadería, por cuanto no se hallan agregadas las guías tendientes a acreditar el efectivo traslado de la hacienda comprometida, de modo que no cabe reconocer el crédito reclamado por estas dos operaciones.

En lo relativo al proveedor Laura Grivetto e Hijos SRL: se halla demostrada la compra, el pago, el transporte y la entrega de la mercadería comprometida en la factura comercial N° 318 en cuanto se advierte correspondencia entre la hacienda consignada en esa compra con la indicada en la respectiva orden de pago, el cheque utilizado para su cancelación, el recibo y la guía de traslado relativa a dichos animales. Por ende, corresponde que le sea reconocido el crédito por IVA de dicha compra.

Por el contrario, y con relación a las restantes operaciones relativas a ese proveedor (facturas N° 300, 312, 319, 328) corresponde señalar que en todos los casos se halla parcialmente acreditado el circuito constituido por la compra, pago, traslado y entrega de la hacienda en la medida en que en todos los casos las guías acompañadas no dan cuenta del traslado de la totalidad de los animales adquiridos mediante cada una de las facturas; a saber: a) en el caso de la factura N° 300, no se halla acreditado el traslado de 32 de las cabezas de ganado b) en el caso de la factura N° 312, no se halla acreditado el traslado de 32 cabezas de ganado, c) en el caso de la factura N° 319, no se halla acreditado el traslado de 14 cabezas de ganado, d) en el caso de la factura N° 328, no se halla acreditado el traslado de 8 cabezas de ganado. En consecuencia, el crédito de IVA por tales operaciones debe ser reconocido excepto en las medidas precedentemente señaladas.

En lo relativo al proveedor Sucesión De Ricciardi José Hugo: se halla demostrada la compra, el pago, el transporte y la entrega de la mercadería comprometida en las facturas comerciales N° 5781, 5782 y 6481 en cuanto se advierte correspondencia entre la hacienda consignada en esas compras con la indicada en las respectivas órdenes de pago, los cheques utilizados para su cancelación, el recibo y la guía de traslado relativa a dichos animales. Por ende, corresponde que le sea reconocido el crédito por IVA de dichas compras.

Finalmente, con relación a las facturas N° 3892, 3893, 4412, 6483 y 6510 no se encuentra agregada la documentación tendiente a acreditar el circuito constituido por la compra, el pago, el traslado y la entrega de dicha mercadería, por cuanto no se hallan agregadas las guías tendientes a acreditar el efectivo traslado de la hacienda comprometida, de modo que no cabe reconocer el crédito reclamado por estas operaciones.

III. Que, por lo expuesto, y en la medida en que la firma actora produjo un principio de prueba demostrativo de la realidad (parcial en algunos casos) de las adquisiciones, es decir, presentó las facturas al solicitar el reintegro de IVA, canceló los importes correspondientes mediante cheques propios, asimismo acompañó las órdenes de compra, y los documentos relacionados con el traslado y la recepción de la mercadería, al Fisco le incumbía demostrar que el precio y, en particular, el Impuesto al Valor Agregado, no habían sido pagados ni retenidos. Para negar completamente la veracidad de las operaciones impugnadas, no resulta suficiente que el Fisco se remita a las conclusiones de los inspectores que fiscalizaron las actividades de los proveedores objetados sin valerse de mayores argumentos ni de otros medios de prueba; ni el resultado de esta fiscalización lo autorizaba a trasladar de modo mecánico, y enteramente, la carga de la prueba sobre la parte actora. Ello es así porque la actividad de la administración fiscal y, en particular, la del juez administrativo, debe estar guiada por el principio de la verdad material, ya que el procedimiento en materia impositiva tiende a concretar la voluntad de la ley que crea el impuesto y hacer efectiva la obligación tributaria, o la exención del impuesto, nacida

Thomson Reuters

a partir de la realización de los hechos imponibles previstos en las normas materiales aplicables.

En virtud de ello, voto por: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en cuanto solicitó el reintegro del Impuesto del Impuesto al Valor Agregado que había ingresado el apelante con motivo del desconocimiento de los créditos fiscales generados por las exportaciones realizadas durante los meses de septiembre a diciembre de 2006, enero, mayo, junio y noviembre de 2007 y febrero y marzo de 2008, así como también de la medida de los intereses que fueron abonados y que proporcionalmente deben ser restituidos, de conformidad con lo señalado en el considerando II del presente voto. Ello, con más los intereses correspondientes en los términos del artículo 179 de la Ley 11.683. 2) Imponer las costas de ambas instancias por su orden en atención a que ambas partes resultaron vencedoras y vencidas (artículo 68, segunda parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El doctor *Treacy* adhiere al voto que antecede.

En atención al resultado del Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en cuanto solicitó el reintegro del Impuesto del Impuesto al Valor Agregado que había ingresado el apelante con motivo del desconocimiento de los créditos fiscales generados por las exportaciones realizadas durante los meses de septiembre a diciembre de 2006, enero, mayo, junio y noviembre de 2007 y febrero y marzo de 2008, así como también de la medida de los intereses que fueron abonados y que proporcionalmente deben ser restituidos, de conformidad con lo señalado en el considerando II de voto del Dr. *Alemany*. Ello, con más los intereses correspondientes en los términos del artículo 179 de la Ley 11.683. 2) Imponer las costas de ambas instancias por su orden en atención a que ambas partes resultaron vencedoras y vencidas (artículo 68, segunda parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Pablo Gallegos Fedriani* (en disidencia parcial). — *Jorge Alemany*. — *Guillermo F. Treacy*.

REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Embriones crioconservados. Implantación. Negativa del excónyuge a ser padre. Quiebre del proyecto común de parentalidad. Voluntad procreacional.

1. — El pedido de implantación de embriones en una mujer en oposición de su ex cónyuge debe ser desestimado, pues no estamos aquí frente a una persona que decide recurrir a TRHA con material genético de un dador o donante anónimo, o incluso con gametos de un donante individualizado que renunció inicialmente a la voluntad procreacional; sino ante un proyecto parental compartido que quedó interrumpido por la separación de la pareja y la decisión del demandado de no tener más descendencia con la actora. La circunstancia de que jurídicamente no se le atribuya la filiación del niño o niña que pudiera nacer no permite solucionar la controversia, pues el demandado expresa en forma contundente que no quiere ser progenitor, ni desde el punto de vista jurídico ni desde la perspectiva genética.

2. — No hay un derecho "al hijo", de modo que implique como contraprestación estadual el garantizarle descendencia a toda persona que desee ser progenitor. Tampoco, claro está, puede hablarse de un derecho a procrear en términos de exigibilidad de un resultado positivo producto del uso de TRHA. Pero sí existe un derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación,

Thomson Reuters

cuestión que llevó a la sanción de la citada ley 26.862 **[1]**.

3. — La voluntad procreacional puede definirse como la intención de crear una vida mediante las posibilidades que ofrecen los progresos científicos y tecnológicos, y asumir, en consecuencia, todos los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental con relación a la persona nacida.

4. — La voluntad procreacional como fuente filial modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, o si se quiere, dinámico.

5. — En materia de TRHA la voluntad procreacional es el elemento o eje a partir del cual queda determinada la filiación, desplazando así al dato genético como fuente del derecho filial. Por tal razón, los arts. 560 a 562 del Cód. Civ. y Com. aluden a este principio (art. 562) y al consentimiento informado (arts. 560 y 561), que no es más que la materialización de esta voluntad.

6. — El consentimiento informado para las TRHA debe ser actual. Debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (art. 560). Ello significa que si se utiliza material genético en fresco, o sea, luego de su extracción, sin que se lo conserve, ese consentimiento resulta suficiente; en cambio, si se procede a la conservación de los gametos o embriones, ante una nueva utilización —sea por la propia pareja o para su dación a otras personas y, en su caso, para la cesación de la crioconservación o la utilización para la investigación— será necesaria la renovación del primer consentimiento por parte del titular del material genético.

7. — La actualidad del consentimiento en las TRHA implica que es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación —transferencia— del embrión (art. 561, Cód. Civ. y Com.). Esta última disposición legal sigue la tendencia inspirada por la ley 26.862, art. 7° in fine y su dec. regl. 956/2013.

8. — La postura en torno de la renovación y la revocabilidad del consentimiento encuentra fundamento jurídico en la voluntad procreacional, pues desaparecida esta, desaparece el cimiento de la filiación por TRHA, cuestión que la distingue de la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Por tal razón, es necesario que en cada intento de fertilización se demuestre la persistencia o vigencia del proyecto parental que dio origen a la práctica.

9. — Las formalidades relativas al consentimiento en las TRHA dan cuenta de la trascendencia de un acto que tendrá por efecto el nacimiento de una relación jurídica que producida la inseminación artificial o la implantación del embrión es, además, irrevocable. Por ello se exige que la declaración de voluntad que expresa la voluntad procreacional sea clara, precisa, y previa información adecuada.

JNCiv. Nro. 92, 28/07/2020. - C., R. C. c. R., M. F. s/ medidas precautorias.

[Cita on line: AR/JUR/33427/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") c. Costa Rica", AR/JUR/68284/2012.

COSTAS

A la actora vencida.

1ª Instancia.- Buenos Aires, julio 28 de 2020.

Considerando:

I. Se presenta la Sra. R. C. C. y solicita, como medida autosatisfactiva, se proceda a implantar tres embriones crioconservados en el centro de salud PROCREARTE, formados con material genético de la requirente y su ex cónyuge, el Sr. M. F. R.

Thomson Reuters

Relata que transcurridos dos años de matrimonio con el demandado, en el año 2015, comenzaron la búsqueda natural del embarazo, con resultado negativo. Que tal circunstancia motivó sendas consultas médicas, detectándosele trombofilia.

Explica que el 6 de junio de 2017 firmaron en el centro PROCREARTE el consentimiento informado para someterse a técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Como consecuencia de ello, se llevaron a cabo dos tratamientos de alta complejidad: el primero a principios del año 2017, con resultado negativo, y el segundo en el mes de noviembre del mismo año, fruto del cual se produjo el embarazo y posterior nacimiento de su hija L. En dichas prácticas se utilizaron la mitad de los embriones crioconservados, preservando el remanente para futuras intervenciones.

Señala que luego del nacimiento de su hija, el demandado decidió en forma unilateral poner fin al matrimonio y que el 18 de noviembre de 2018 remitió una carta documento a PROCREARTE manifestando su decisión de desvincularse del destino de los embriones crioconservados.

Afirma que tal circunstancia, y el divorcio de las partes producido el 4 de noviembre de 2019, equipara su situación a la de una mujer sola que se somete a TRHA mediante el aporte anónimo de gametos masculinos. Por ende, solicita se autorice en forma urgente la transferencia embrionaria, aclarando que por su edad —40 años— el transcurso del tiempo conspira contra su capacidad reproductiva.

Agrega que no busca con este proceso debatir la naturaleza jurídica del embrión —respecto del cual desarrolla sendas teorías desde su caracterización como persona en los términos del art. 19 del Cód. Civ. y Comercial (Cód. Civ. y Comercial) hasta su cosificación y consecuente copropiedad—, sino que se concrete su única posibilidad de ser madre nuevamente. Que en el caso resulta de aplicación el art. 562 del Cód. Civ. y Comercial de modo que ante la falta de voluntad procreacional del demandado corresponde autorizar la transferencia, quedando su ex cónyuge desvinculado de cualquier responsabilidad o vínculo filiatorio con el embrión, revistiendo la actora el carácter de "madre unilateral" y asimilando la situación del demandado a la del donante anónimo.

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita la intervención del Defensor de Menores e Incapaces.

Sustanciadas las presentes actuaciones, se presenta el requerido y contesta la demanda incoada.

Tras la negativa de rigor, confirma la revocación del consentimiento informado para las TRHA y se opone a la transferencia embrionaria a favor de la actora observando que, como aportante de los gametos, tiene derecho a decidir si tales embriones pueden ser implantados o no.

Subraya que carece de la voluntad procreacional que exige nuestro ordenamiento jurídico para la filiación derivada de TRHA y que prohíbe que los embriones sean transferidos en contra de su voluntad, pues "no quiere ser padre, ni desde el punto de vista biológico ni desde el punto de vista legal". Menciona que la actora puede encarar un proyecto reproductivo propio sin necesidad de recurrir a los embriones conformados con su material genético.

Advierte que el art. 560 Cód. Civ. y Comercial exige el consentimiento "de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida" y el art. 561 del mismo cuerpo legal ratifica que tal consentimiento "es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Que el juez cometería un grave acto contra sus derechos si "supliera" su voluntad en forma contraria a la expresada, siendo que además, estaría convalidando la voluntad unilateral de la peticionante, violando la normativa arriba referida.

Coincide con la actora en orden a que la naturaleza jurídica del embrión constituye un debate ajeno a la litis, sin perjuicio de lo cual refuta los argumentos esbozados en la demanda en cuanto a la interpretación del art. 19 del Cód. Civ. y Comercial y demás consideraciones relativas a la cosificación y copropiedad de los embriones.

Thomson Reuters

Concluye que "no quiere tener otro hijo con la Sra. C., y no quiere que su material genético sea utilizado" y que "si VS suple el consentimiento que la ley requiere de esta parte, el embrión se implanta, la actora queda embarazada y nace un niño, esta persona no tendrá un 'padre' considerado el mismo desde el punto de vista de las responsabilidades parentales, pero ninguna duda cabrá que el suscripto será quien biológicamente le cabrá el rótulo de progenitor", conformándose una familia "en donde un hijo tendría padre y en donde su hermano de sangre, No lo tendría... Lo expuesto conduce a una situación discriminatoria y de desigualdad...". Destaca que con independencia de la situación jurídica, "no podría ser indiferente, bajo ningún punto de vista a la existencia de un ser, de un niño, que de alguna manera u otra sería su vástago". Que "El suscripto no ha sido un mero donante y no puede constituirse ex post facto en tal carácter".

Solicita, entonces, el rechazo de la demanda. Funda en derecho, ofrece prueba y se opone a la intervención del Defensor de Menores e Incapaces observando que, de remitirle las actuaciones, se estaría incurriendo en prejuzgamiento. Pide, asimismo, que se impongan sanciones por temeridad y malicia.

Ponderadas las posiciones de las partes, la suscripta resuelve dar intervención al Ministerio Público, por encontrarse en una situación insoslayable, pues de no hacerlo, también podría invocarse prejuzgamiento en orden a la naturaleza jurídica de los embriones no implantados. Siendo así, sin que en modo alguno ello implicara adelantar opinión al respecto, se hizo lugar a la vista solicitada. Tal pronunciamiento fue cuestionado y, tras expedirse el Superior, se encuentra firme.

Invitadas las partes a arribar a un avenimiento en el marco de la audiencia celebrada con la suscripta, ello no fue posible. Pasado un tiempo desde el inicio del ASPO, la actora solicita habilitación de la feria extraordinaria y resolución de su petición.

El Sr. Defensor de Menores dictamina opinando que no corresponde acceder a la transferencia solicitada, tras señalar que "al no haber sido puesta en crisis la constitucionalidad de los artículos 560 y 561 últimas partes del Cód. Civil y Comercial, y obrando por exclusiva vía cautelar autosatisfactiva, no encuentro marco para que así prospere la pretensión de la actora. Ello ante la cerrada oposición del genitor masculino, y la insuficiencia de la vía elegida para lo lograr el resultado deseado...".

II. Primeramente, debo recordar —conforme lo reiterado por nuestro más Alto Tribunal— que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; etc.). En su mérito, no habré de seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir este conflicto.

En sentido análogo, es dable destacar que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 144:611; 274:113; 280:3201; 333:526; 300:83; 302:676; 303:235; 307:1121; etc.), por lo tanto me inclinaré por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragoneses Alonso llama "jurídicamente relevantes" (Aragoneses Alonso, Pedro, Proceso y Derecho Procesal, Aguilar, Madrid, 1960, p. 971), o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei (Calamandrei, Piero, "La génesis lógica de la sentencia civil" en Estudios sobre el proceso civil, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 369 y ss.).

III. El objeto de estas actuaciones es dirimir un conflicto entre las partes que puede resumirse en los siguientes términos: la actora solicita la autorización para la implantación de tres embriones crioconservados en el año 2017, formados con material genético de ambas partes, sin atribuir la filiación del nacido a favor de su ex cónyuge; la demandada resiste tal pretensión.

Como afirman las dos partes, la naturaleza jurídica del embrión crioconservado y lo normado por el art. 19 del Cód. Civ. y Comercial, es una cuestión ajena a la litis por cuanto aquí no se pretende discutir otro destino de los embrio-

Thomson Reuters

nes, no habiéndose solicitado la cesación de su crioconservación.

En consecuencia, el núcleo de la presente decisión radica en interpretar los alcances del consentimiento informado prestado por las partes para someterse a un tratamiento de fertilización asistida en el centro de salud PROCREARTE, a la luz de la normativa vigente, esto es, los arts. 560 a 562 del Cód. Civ. y Comercial.

Para ello es preciso remontarse a las particulares características de las TRHA como fuente filial y examinar los fundamentos de su reconocimiento desde una perspectiva constitucional y convencional a la luz de los derechos involucrados, pues en definitiva, la solución a esta controversia ha sido expresamente prevista por el legislador como resultado de una ponderación de derechos.

IV. El art. 558 del Cód. Civ. y Comercial reitera lo dispuesto por el art. 240 del Cód. Civil derogado, aunque incluyendo expresamente a las TRHA como una tercera fuente o categoría de filiación. Según el nuevo régimen existen entonces tres grandes categorías de filiaciones: a) la filiación por naturaleza; b) la filiación emergente de la utilización de TRHA; y c) la filiación por adopción.

La filiación por naturaleza es una categoría estrechamente ligada a la sexualidad, dado que generalmente se identifican los autores genealógicos del niño o niña y aquellos constituyen la causa iuris y fundamento básico que justifica el título otorgado a estos. En cambio, la filiación por TRHA surge de la práctica médica que facilita la conjunción de un óvulo con un espermatozoide, y que puede llevarse a cabo tanto con material genético propio del o las personas a quienes se atribuye jurídicamente la filiación (fertilización llamada "homóloga"), como con material genético de terceros dadores de gametos (fertilización llamada "heteróloga").

Desde el punto de vista médico, las TRHA pueden ser intracorpóreas (de baja complejidad) o extracorpóreas (de alta complejidad), como en el caso de autos. A tenor de lo normado por el art. 2 del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862 sobre "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", las técnicas intracorpóreas o de baja complejidad son las que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada (EOC), desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina (IUI), intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante (IUID). En forma simplificada se alude a estas técnicas como inseminación artificial (IA). Por el contrario, se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la transferencia de gametos a la trompa (GIFT); fecundación in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE); fecundación in vitro y transferencia de embriones con espermodonación; fecundación in vitro y transferencia de embriones con ovodonación; inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI); criopreservación de ovocitos y embriones; criopreservación de células en estado de pronúcleo; donación de ovocitos y embriones; vitrificación de tejidos reproductivos; entre las más practicadas.

La categorización de las TRHA como una nueva clase filial —tan discutida doctrinariamente— se justifica si se advierten las características que la distinguen de la filiación por naturaleza y de la adopción, lo que determina que cada una de estas fuentes se rija por reglas y principios propios.

En cuanto a la primera, porque mientras esta reconoce su origen en el acto sexual y, por ende, en el elemento biológico, la filiación por TRHA se funda en el acto médico y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia del dato biológico o genético. De lo expuesto se desprende que en la filiación por TRHA puede haber coincidencia o disociación entre quienes aportan el material genético o incluso la persona que lleva adelante el embarazo (en el caso de gestación por sustitución) y quienes manifiestan su deseo e intención de asumir la filiación. En la filiación por naturaleza, más allá de los deseos de quienes hayan procreado y el destino del nacido por el acto sexual, esta disociación no existe; el vínculo filial queda determinado con los progenitores biológicos, sea a

Thomson Reuters

tenor de las disposiciones legales o como resultado de una sentencia judicial.

Con respecto a la adopción, las figuras se acercan ya que en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque en el caso de las TRHA la voluntad debe ser manifestada con anterioridad a la gestación (es decir, el niño nace como consecuencia de esa voluntad), en cambio, en la adopción la voluntad se expresa respecto de una persona ya nacida (o sea, el vínculo surge con posterioridad al nacimiento). En resumen, en la adopción, la voluntad no actúa como causa fuente del origen y existencia de la persona (ver Lamm, Eleonora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil", Suplemento especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Cód. Civil, JA, 2012-II, p. 68).

Por otro lado, en el caso de la adopción no existe vínculo genético entre el o los adoptantes y el adoptado, vínculo que sí puede presentarse en las TRHA, sea que recurra a esta modalidad una persona sola, o cuando lo hace una pareja utilizando material genético de uno de ellos.

El reconocimiento expreso de las TRHA como fuente filial continúa un camino iniciado por el legislador nacional con la sanción de la citada ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", de fecha 05/06/2013, que impone a los servicios de salud (obras sociales y empresas de medicina prepaga) el deber de incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la OMS define como de reproducción médicamente asistida (conf. art. 8).

A esta norma, que en su génesis se ubica en el seno del derecho público, concretamente de los llamados derechos económicos sociales y culturales, se suma —como dije— el Cód. Civ. y Comercial que viene a regular los efectos jurídicos del acceso a TRHA en el derecho filial.

El notable avance normativo en dar respuesta a esta temática responde a la necesidad de garantizar los múltiples derechos humanos implicados en el acceso a la maternidad/ paternidad mediante TRHA, y que en lo esencial fueron puestos de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Gretel Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") contra Costa Rica", del 28/11/2012 (publicado en http://www.corteidh.or.cr/docs/ casos/ articulos/ seriec_257_esp.pdf).

En este precedente, el Tribunal concluyó que la decisión de la Corte Constitucional de Costa Rica de anular el decreto mediante el cual se regulaba el acceso a la fertilización in vitro en ese país vulneró los derechos consagrados en los arts. 5 (derecho a la integridad personal); 7 (derecho a la libertad personal); 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 17 (protección a la familia) de la Convención Americana, pues constituyó una interferencia en la toma de decisiones sobre un ámbito de la vida privada y familiar, y una limitación del derecho a fundar una familia, que comprende la decisión de convertirse en padre o madre, así como la opción y el acceso a los medios pertinentes para materializarla.

En lo que aquí interesa, dentro de los argumentos centrales del fallo, la Corte IDH ponderó la relación entre el derecho a la vida privada y familiar y la autonomía personal, destacando lo siguiente:

a) "La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona... la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico" (párrafo 143); b) "el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que

Thomson Reuters

la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia" (párrafo 145).

El razonamiento del tribunal regional visibiliza un aspecto en general silenciado, cuya discusión resulta obligada en un sistema jurídico que garantiza un amplio acceso a las TRHA como expresión de sendos derechos humanos y regula la filiación derivada de su utilización. El interrogante se centra en la existencia de un derecho a procrear —o para ser más precisos— de un derecho a intentar procrear y, en su caso, si este derecho implica que se puede concebir con quien se quiere, cuando se quiere y como se quiere.

El debate no es novedoso ni original: por el contrario, la doctrina comparada lo asume con franca naturalidad. Sin embargo, los instrumentos internacionales no lo mencionan expresamente y —quizás en parte por ello— en nuestro país todavía se percibe una cierta resistencia a explicitarlo. Se habla —como se señala en los fundamentos del Proyecto de Cód. Civ. y Comercial y como veremos hace la Corte IDH— del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (reconocido en el art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), del derecho a la salud sexual y a la procreación responsable y del derecho a formar una familia, pero trata de obviarse toda referencia a un derecho a intentar procrear, por temor a suscitar confusiones muy presentes al discutir otra institución del derecho de familia, cual es la adopción.

Entre nuestros doctrinarios, Minyersky ha marcado con claridad las diferencias entre el acceso a las TRHA y el acceso a la filiación por adopción, cuando declama: "Sí podemos afirmar que hay un derecho a procrear, que no es igual ni equiparable a un derecho al niño. La procreación es un derecho reproductivo y, como tal, derecho humano... hay un derecho inalienable a la reproducción que tiene soporte en el derecho constitucional a constituir una familia" (Minyersky, Nelly, "¿Derecho al hijo/ hija?, en Kemelmajer de Carlucci, Aída —dir.— y Herrera, Marisa —coord.—, La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 386).

Con el mismo énfasis, De Lorenzi subraya la existencia de un derecho a intentar procrear, el cual define como un derecho bifacético: "Desde una óptica negativa, comporta el poder de la persona de tomar decisiones reproductivas sin interferencia de parte del Estado; en este caso, elegir someterse o no someterse a los tratamientos reproductivos cuantas veces sea ello médicamente posible y/o recomendable. El aspecto positivo alude a la posibilidad de obtener el tratamiento médico necesario para intentar un embarazo y a que la obra social se haga cargo de los gastos que ello comporte" (De Lorenzi, Mariana, "Reproducción asistida y orientación sexual. La igualdad entre los iguales", RDF 2010-II, p. 91).

En términos amplios, Cifuentes incluye a la llamada "libertad procreacional" dentro del catálogo de derechos personalísimos, la cual constituye "una libertad que compete a cada uno para elegir entre las múltiples opciones por sí y para sí, sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o encubierta" (Cifuentes, Santos, Derechos personalísimos, 2da. ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 451).

De manera tangencial Krasnow hace referencia a este derecho al observar que "Cuando en sede judicial se hace lugar al reclamo de la pareja, se busca tutelar los derechos comprometidos (derecho a procrear, derecho a la salud, derecho a la igualdad), respetando la voluntad procreacional en igualdad de condiciones con la de cualquier otra pareja que al no estar condicionada por una distribución de la naturaleza (esterilidad), puede ejercerla libremente en su ámbito íntimo" (Krasnow, Adriana N., "Reproducción asistida: La cobertura del tratamiento", www.laleyonline.com).

A su vez, Medina sostiene que "En nuestro caso se podría decir que no hay un derecho a la concepción sino una libertad de concebir o no concebir, pero que el privar a una persona injustamente de concebir o fecundar, da lugar a una sanción civil o penal. El argumento resulta contradictorio, porque el resarcimiento va a tomar el lugar del derecho lesionado, si no hay derecho a algo no existe lesión. Por lo tanto, para que se sancione a quien priva injustificadamente a otro ser humano de su posibilidad de concebir

Thomson Reuters

hay que partir de la base de que existe un derecho a la concepción"; derecho que para la autora admite dos límites: el derecho de niño y el patrimonio genético de la humanidad (Medina, Graciela, "¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa)", JA, 1996-III-789).

En el derecho comparado, Roca Trías enseña que "El derecho a procrear se considera en algunas concepciones, implícito en otros fundamentales, como el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE) y la libertad. De aquí se deriva un derecho a reproducirse no ligado a la familia matrimonial, sino que se considera como derecho de la persona, individual, por tanto, encuentra su justificación en la intimidad, en función, por tanto, de la personalidad, por lo que el derecho a tener hijos se fundamenta en la protección que de ella hace el art. 10.1 CE" (Roca Trías, Encarna, "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", DS vol. 7, 1999, file:///C:/Users/victo/Downloads/ Dialnet— FiliacionAsistidaYProteccionDeDerechosFundamentale—2891991%20.pdf).

A su vez, Gómez Sánchez señala que el derecho a la reproducción humana "tiene su fundamento..., en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1. C.E.) y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad..., fundamentos del orden político y la paz social y piezas esenciales del sistema constitucional democrático" (Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, 1994). También Arson de Glinberg y Silva reconocen el derecho a procrear al decir: "La libertad de procreación abarca el derecho de separar los componentes genéticos, gestacionales o sociales de la reproducción y recombinarlos en colaboración con otros. La libertad de controlar toda actividad relacionada con la procreación, es decir, de determinar como ocurrirá la concepción, de manejar el embarazo, de decir cómo, cuándo, dónde y con quién se realizará el parto o cómo se manejará el período neonatal, puede ser de gran importancia para los individuos y debe merecer protección, aunque estas actividades pueden agruparse bajo el amplio rubro de la libertad procreadora, en realidad, involucren opciones distintas de la decisión de procrear. La autonomía, que es la libertad de tomar decisiones relacionadas a las áreas fundamentales de nuestras vidas, es parte fundamental del derecho a la intimidad o privacidad" (Arson de Glinberg, Gloria H.- Silva Ruiz, Pedro F., "La libertad de procreación", LA LEY, 1991-B-1198).

Incluso se ha hecho especial alusión al derecho a procrear en la jurisprudencia de nuestro continente, en un fallo de la sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Venezuela que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por una viuda para que se la inseminara con material genético crioconservado de su cónyuge fallecido. Para así decidir, se subrayó que "El derecho a procrear no es más que el derecho natural de concebir un ser; derecho este que al igual que los derechos a la maternidad y paternidad suponen obligaciones en los sujetos que los encabezan, y el ejercicio de estos derechos supone el libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social..." (Trib. Sup. Just. Venezuela, sala Constitucional, 06/07/2005, "C. N. de G. Y. v. Grupo Médico de Fertilidad C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad", www.abeledoperrot.com, N° 35021792).

Comparto estas apreciaciones y considero que el derecho a intentar procrear es un aspecto trascendente del derecho humano a la salud sexual y a la procreación responsable, reconocido en nuestro bloque de constitucionalidad (en especial cuando el art. 16 inc. e de la CEDAW prescribe que los Estados partes deberán asegurar "en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos") y, a nivel infraconstitucional, en sendas legislaciones locales y la ley 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud.

En el año 1994, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de El Cairo dispuso que "los derechos reproductivos... se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las

Thomson Reuters

parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva...”; así como “el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva y el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”. Además, según este Programa, “deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas” (conf. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995)).

Si bien no en forma explícita, en el caso Artavia Murillo la Corte IDH alude al derecho a intentar procrear, al hacer referencia a la salud sexual y procreación responsable y al derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. En este sentido concluye:

a) “La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica” (párrafo 147);

b) “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre este y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población... Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (párrafo 150).

En síntesis, no hay un derecho “al hijo”, de modo que implique como contraprestación estadual el garantizarle descendencia a toda persona que desee ser progenitor. Tampoco, claro está, puede hablarse de un derecho a procrear en términos de exigibilidad de un resultado positivo producto del uso de TRHA. Pero sí resulta de los argumentos expuestos que existe un derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación, cuestión que llevó a la sanción de la citada ley 26.862.

En definitiva, y a modo de primera conclusión, cabe resaltar que la cuestión debatida en autos con relación a las consecuencias del acceso a las TRHA exige la ponderación de sendos derechos involucrados: por un lado, el derecho a formar una familia y el derecho a intentar procrear que otorga fundamento a la petición de la actora de que se le implanten los tres embriones crioconservados; por el otro, el derecho a la libertad personal o libertad de intimidad, que se traduce en la llamada autonomía de la voluntad y sobre el cual se asienta la negativa del demandado.

V. Sabido es que nuestro sistema constitucional no establece jerarquía alguna entre los derechos reconocidos en el llamado “bloque de constitucionalidad”. Es por ello que, desde antaño y mucho antes de la reforma del año 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido sosteniendo la igualdad jerárquica formal de los derechos constitucionales, proponiendo como sistema de valoración la armonización de los derechos fundamentales mediante la deter-

Thomson Reuters

minación de los alcances de cada uno de ellos en cada caso en concreto respecto del bien humano como sostén de la democracia. Así, entre otros, en el célebre caso "Portillo" la Corte señaló que "si los derechos individuales no son absolutos y sí susceptibles de razonable reglamentación legislativa —basada en el respeto y amparo de los derechos de los demás— a fin de salvaguardar el orden y la seguridad de la comunidad y de las instituciones que constituyen la estructura fundamental del Estado al servicio del bien común, fuera del cual el goce y garantía de aquellos derechos se tornan ilusorios o no hallan plena satisfacción...; con mayor razón tales derechos han de integrarse en su ejercicio en el todo armónico de las cláusulas constitucionales a fin de lograr, sin desmedro sustancial de ninguna, el adecuado equilibrio que reclaman en un estado de derecho las ordenadas exigencias de la justicia, tanto en las relaciones de la comunidad hacia sus miembros como en las de estos con aquella" (CSJN, 18/04/1989, "Portillo, Alfredo", LA LEY, 1989-C-405).

Partiendo de este principio "armonizador", planteado el conflicto o colisión de derechos, desde la teoría general las alternativas para resolverlo son múltiples.

Una de las posibilidades es aquella que alude a la ponderación de los derechos, como modo de sopesar las razones que juegan a favor y en contra de una determinada solución al caso conflictivo.

En este sentido, el alemán Robert Alexy enseña que cuando dos principios entran en colisión uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro; pero, bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso (conf. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 89 y ss.).

Es decir, el punto neurálgico de la labor judicial reside en la ponderación o evaluación del "peso" de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan. Así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de "precedencia condicionada" cuya determinación consiste en indicar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser resuelta inversamente (conf. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales..., cit., p. 92).

Por su parte, el italiano Riccardo Guastini indica que la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, entendida como una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de tal valoración, un principio (considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable (conf. Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Neoconstitucionalismo (s), Miguel Carbonell —editor—, Trotta, Madrid, 2003, ps. 72 y 73).

La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que resulta determinada en su aplicación al caso concreto. Ello establece una "jerarquía móvil" puesto que el conflicto no queda resuelto de manera estable en forma definitiva, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro. Toda solución al conflicto vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros (conf. Guastini, Riccardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 171).

Frente a este escenario se delega en el juez la última palabra en la ponderación de derechos, quien deberá resolver mediante una tarea interpretativa que redunde en una decisión razonablemente fundada (conf. art. 3, Cód. Civ. y Comercial), identificando los derechos que entran en colisión y aportando una solución concreta de acuerdo a los condicionamientos fácticos del caso (ver Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y pon-

Thomson Reuters

deración judicial", en Neoconstitucionalismo (s)..., cit., p. 143).

Puede ocurrir —como se anticipó acontece en el caso de autos— que el propio legislador haya aportado una solución expresa para resolver una tensión entre derechos fundamentales ponderando aquel o aquellos que considera tienen mayor "peso" en los términos explicitados. Ello no exime al juzgador de realizar esta labor de ponderación a la luz de lo previsto por los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Comercial. El primero, en cuanto determina que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". El segundo, en tanto establece que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Las disposiciones citadas se insertan en el marco de un estado constitucional y convencional de derecho (conf., CSJN, 20/09/2005, "Casal, Matías E. y otro", Fallos: 328: 3399) que se construye en torno de la supremacía o imperativo constitucional y convencional, y se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo y retroalimentación —en lo que respecta a la textualidad de cada fuente y la interpretación que realiza de ellas cada órgano con competencia para hacerlo— entre la Constitución y la Convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho. La constitucionalidad y convencionalidad, como elemento sustancial, están compuestas por los derechos fundamentales y los derechos humanos y, en este paradigma, los jueces también cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antinomias y lagunas que existen entre la Constitución, sumada a la Convención y a la ley cuando deben resolver un caso concreto (conf. Gil Domínguez, Andrés, El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ediar, Buenos Aires, 2015, ps. 27/30. Ver también Gil Domínguez, Andrés, La regla de reconocimiento constitucional argentina, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 86/87; Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos, sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.jurídicas.unam.mx; Bidart Campos, Germán - Albanese, Susana, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", JA, 1999-II-357; etc.).

De este modo, cuando el art. 1° del Cód. Civ. y Comercial enuncia que "los casos" deben ser resueltos según las leyes, la Constitución y los tratados internacionales se refiere a dos aspectos. En primer lugar, que la ley se mueve dentro de un marco constitucional y se presume constitucional, pero la argumentación jurídica racional no termina en la ley sino en la interpretación, que se configura como centro de gravedad del Derecho de un sistema dinámico, alimentado por la argumentación racional. En segundo lugar, que existe una aplicación operativa y directa del sistema de fuentes del estado constitucional y convencional de derecho argentino (conf. Gil Domínguez, Andrés, El estado constitucional y convencional de derecho..., cit., p. 54).

En este escenario, debe recordarse que la propia Corte IDH se ha referido en numerosas oportunidades al imperativo de ejercicio de control de convencionalidad estatal, a partir del caso "Almonacid Arellano y otros", del 26/09/2006. Allí sostuvo que dicho control debía ser ejercido de oficio por los jueces nacionales conjuntamente con el control de constitucionalidad, en constante interacción y con el objeto de proteger a la persona humana (ver acápite 128, punto 2) del voto de García Ramírez y punto 3 del voto de Cançado Trindade) (En el mismo sentido ver Corte IDH, 24/11/2006, "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú"; 23/11/2009, "Radilla Pacheco"; 29/11/2006, "La Cantuta"; 24/11/2007, "Boyce vs. Barbados"; 09/05/2008, "Fermín Ramírez y Raxacó Reyes"; 12/08/2008, "Heliodoro Portugal"; 26/05/2010, "Manuel Cepeda Vargas", 04/08/2010; "Comunidad Indígena Xámok Kásek"; 30/08/2010, "Fernández Ortega", 31/08/2010; "Rosendo Cantú"; 01/09/2010,

Thomson Reuters

"Ibsen Cárdenas y otro"; 23/11/2010, "Vélez Loor"; 26/11/2010, "Cabrera García"; 24/02/2011, "Gelman"; etc.). Así también lo ha resuelto la CSJN a partir del caso "Simón, Julio H. y otros", del 14/07/2005, donde el magistrado Lorenzetti recuerda: "Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos..." (Fallos: 328:2056).

En síntesis, la decisión del caso demanda una tarea de ponderación de los derechos involucrados en los términos explicitados y un análisis de la razonabilidad de la solución propuesta por el legislador en la normativa vigente.

VI. La posibilidad de revocar el consentimiento para la fertilización hasta la implantación del embrión constituye la solución preponderante en el derecho comparado. Así lo prevén la sección 3 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008 de Gran Bretaña (que reproduce en tal sentido a la ley de 1990); el art. 311-20 del Cód. Civil francés; el art. 6 de la ley española 14/2006; el art. 1456 de la ley 3089/2002 de Grecia; el art. 7 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée 810.11 de Suiza; el art. 14.4 de la ley 32/2006 de Portugal; los arts. 15 y 16 del Reglamento 568/1997 de Islandia; la ley sobre Procreación artificial en conexión con tratamiento médico, diagnóstico e investigación sobre embriones de 1994 de Dinamarca; el decreto real belga del 15/02/1999; etc.

Entre estas legislaciones, merece destacarse el Código de la Salud Pública de Francia, cuyo art. 2142-2, tras la modificación introducida por la ley 2011-814 del 07/07/2011 (art. 33), dispone en forma expresa que "constituyen impedimentos para la inseminación o la transferencia de embriones el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, la presentación de una petición de divorcio o separación de cuerpos o la cesación de la comunidad de vida, así como la revocación por escrito del consentimiento por el hombre o la mujer ante el médico encargado de realizar la procreación médicamente asistida" (traducción propia). En este sentido, la norma no solo reconoce el carácter revocable del consentimiento por decisión subjetiva de las partes, sino que además determina su caducidad automática frente a determinados supuestos fácticos y objetivos que permiten presumir que la voluntad procreacional ha desaparecido. Igualmente ponderable es el seguimiento que exige la ley por parte de los centros médicos a fin de auscultar la voluntad de los usuarios. Así, el art. 34 prevé que los miembros de la pareja deben ser consultados una vez por año y declarar por escrito si sostienen el proyecto parental. Si no lo hacen, la norma contempla las opciones que pueden consentir en orden al destino de los embriones. En todos los supuestos, el consentimiento inicial debe ser confirmado por escrito luego de un plazo de reflexión de tres meses.

Por el contrario, en posición aislada se ubica la ley italiana 40/2004, cuyo art. 6.3 estipula en su última parte que "La voluntad puede ser revocada por cada una de las partes mencionadas en el presente apartado hasta el momento de la fecundación" (traducción propia).

Fuera de las previsiones legales, casos con contornos similares al que aquí corresponde resolver, han sido tratados por la jurisprudencia comparada.

Uno de los primeros precedentes que se han ocupado concretamente de decidir en la materia fue el fallo de "Davis vs. Davis", fallado el 01/06/1992 por la Corte Suprema de Tenesse. En el caso, en el marco de un proceso de divorcio, se debatía la "custodia" de los siete embriones crioconservados en una clínica de fertilidad, que el varón quería destruir y la mujer donar a una pareja sin hijos. Tras decisiones contradictorias en primera y segunda instancia, la Corte atendió favorablemente el reclamo del marido, resaltando que aquel "tiene el derecho a no engendrar un hijo no deseado y no existe un interés apremiante del Estado para justificar la implantación de los preembriones en contra de los deseos de las partes. Por lo general, el deseo de la parte que quiere evitar la procreación debe prevalecer, en el supuesto de que la otra parte tenga una posibilidad razonable de lograr la paternidad por otros medios que con el uso de los preembriones de que se trate. Si no hay alternativas razonables, entonces el argumento en favor de la utilización de los preembriones para lograr el embarazo debe ser considerado. Sin

Thomson Reuters

embargo, si la parte que busca el control de los preembriones se propone solo donarlos a otra pareja, la parte que se opone, obviamente, tiene el mayor interés y este debe prevalecer" (traducción propia, publicado en http://biotech.law.lsu.edu/cases/ cloning/davis_v_davis.htm).

En el caso "Kass c. Kass" del Tribunal de Apelaciones de Nueva York, del 07/05/1998 la pareja había suscripto un acuerdo por el cual asentaba que si uno de ellos se oponía a la implantación, fallecía u ocurría algún otro imprevisto, los embriones crioconservados serían donados para la investigación en caso de encontrarse imposibilitados de tomar una decisión sobre su destino. Tras la separación de las partes, la mujer solicitó autorización judicial para la transferencia de los embriones, la que le fue concedida en primera instancia. Esta resolución fue revocada por el mencionado Tribunal, que consideró que solo los proveedores de gametos, y no el Estado ni los tribunales, deberían decidir de común acuerdo si procrear o no usando los preembriones. Se agregó que la documentación donde constaba el consentimiento de las partes reflejaba el acuerdo de la pareja para decidir conjuntamente qué sucedería con estos preembriones, en lugar de permitir que un tribunal u otro tercero decidiera por ellos; y que esta disputa posterior no puede habilitar deshacer el acuerdo anterior, que era válido, vinculante y debía ejecutarse (traducción propia, publicado en https://scholar.google.com/scholar_case?q=Kass+v.+Kass&hl=en&as_sdt=806&case=14938404874386785087&scilh=0).

En el caso "A. Z. vs. B. Z." del año 2000, frente a un contexto diferente por cuanto el marido había firmado un convenio obligándose a permitir la transferencia de embriones conformados con su material genético a su cónyuge tras el divorcio, la Corte Suprema de Massachusetts consideró que "incluso si el esposo y la esposa hubieran llegado a un acuerdo inequívoco entre ellos en cuanto a la disposición de los embriones congelados, no haríamos cumplir un acuerdo que obligaría a un donante a ser padre contra su voluntad. Como cuestión de orden público... la procreación forzada no es susceptible de ejecución judicial...." (reseñado en https://embryo.asu.edu/pages/ az-v-bz-brief-2000).

En sentido contrario se expidió la Corte Suprema de Israel, con fecha 12/09/1996, en el caso "Nahmani c. Nahmani", donde se subrayó que "La libertad de no tener hijos no deseados es en esencia secundaria en comparación con el derecho a tener hijos. Sin perjuicio de este principio, el equilibrio entre los derechos de las partes se logra tomando en cuenta el estado actual del procedimiento, las declaraciones realizadas por los cónyuges, las expectativas creadas por las declaraciones..., y las alternativas que existen para la realización del derecho de paternidad. En este caso, los principios básicos y las consideraciones conducen a la preferencia de la mujer para ser madre sobre el derecho del marido a no ser padre... Antes de la fertilización, cada cónyuge puede cambiar su decisión de ser padre, y de su derecho básico a no ser un padre prevalece sobre el derecho contractual de su pareja para exigir el cumplimiento del contrato... Después de la fecundación, el derecho del cónyuge que desea completar el procedimiento de traer el niño al mundo y convertirse en padre se fortalece con la fecundación del óvulo" (traducción propia, publicado en http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/95/010/024/z01/95024010.z01.p df).

En el ámbito internacional, el leading case en la materia fue el célebre precedente "Evans c. Reino Unido", dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 07/03/2006, que desestimó el planteo de una mujer estéril (había sufrido la ablación de sus dos ovarios) a raíz de una enfermedad para que se evitara la destrucción y se procediera al implante de los embriones crioconservados pese a que tras el divorcio su ex cónyuge había revocado el consentimiento para la fertilización. Para así decidir, pese a compadecerse de la adversidad que atravesaba la demandante, el Tribunal ponderó los siguientes argumentos: a) no existe un consenso internacional con respecto a la reglamentación del tratamiento de FIV o al uso de embriones creados por dicho tratamiento; b) dado que el uso de un tratamiento de FIV da lugar a delicadas cuestiones morales y éticas en un contexto de rápida evolución científica, y dado que las cuestiones planteadas atraviesan zonas donde no hay terreno común clara entre los Estados, el Tribunal considera que el margen de apreciación que debe otorgarse al Estado debe ser amplio; c) no hay violación del derecho

Thomson Reuters

a la vida familiar: el respeto a la vida privada cubre el derecho de tener un niño o de no tenerlo; d) a falta de consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, la cuestión de cuándo comienza el derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de cada Estado. En el derecho inglés, el embrión no tiene derechos independientes o intereses y no se puede reclamar en su nombre la violación del derecho a la vida; e) el elemento determinante es el consentimiento prestado por ambas partes. La información estaba claramente establecida en la documentación suscripta por las partes, de modo que ambos sabían que conforme la ley vigente, el consentimiento podía revocarse por cualquiera mientras los embriones no estuviesen implantados, siendo la mujer consciente de que los óvulos fecundados constituían su última oportunidad de tener un hijo genético; f) la revocación del consentimiento, incluso en las circunstancias excepcionales de la causa, no rompe el justo equilibrio que exige el art. 8 de la Convención europea cuando garantiza el derecho a la vida privada; y g) los derechos del hombre son igualmente dignos de protección que los de la mujer (publicado en www.echr.coe.int).

En nuestro país, la cuestión fue examinada en un fallo de la sala J de la Cámara Nacional en lo Civil, del 13/09/2011, mediante el cual se autorizó el implante de cinco embriones crioconservados solicitado por una mujer pese a la oposición de su cónyuge, de quien se encontraba separada de hecho. Las partes habían suscripto el consentimiento informado en la clínica en los siguientes términos: a) ambos cónyuges determinarían el futuro para cualquiera de los embriones, salvaguardando siempre su preservación; b) si el matrimonio se terminara por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los embriones congelados, estos serían destinados a la donación a favor de una pareja infértil; y c) en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente.

En este contexto, el Tribunal destacó que "la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato..., en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial. La voluntad procreacional explícita queda pues manifiesta en ocasión de suministrar su material genético conociendo que lo hacía con la finalidad específica de que fuera utilizado en el proceso de inseminación... el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 por analogía... Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Cód. Civil es del siglo XIX... cuando evidentemente era impensada la fecundación 'in vitro'... Se impone, una interpretación del elemento gramatical —humanista y finalista— acorde con la evolución de los avances científicos y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana (arg. arts. 63, 70, 72, 75 Cód. Civil), superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce el contacto fertilizante de las células germinales" (CNCiv, sala J, 13/09/2011, "P., A. c. S., A. C. s/ medidas precautorias", RDF 2012-I, p. 115, con nota desaprobatoria de Gil Domínguez, Andrés, "Implantación compulsiva de embriones, colisión de derechos y racionalidad argumental"; LA LEY, 2011-E-441, con nota desaprobatoria de Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal", y ED, 27/10/2011, con nota aprobatoria de Arias de Ronchietto, Catalina Elsa - Basset, Ursula C.- Lafferriere, Jorge Nicolás, "Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad"; Pucheta, Leonardo L, "Derechos en pugna: el derecho a la vida de los embriones crioconservados y la voluntad parental" y Pastore, Analía G., "Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia". En opinión favorable al fallo ver también Mazzinghi, Gabriel, "¿Debe respetarse la vida del embrión congelado?", ED, [248] - 22/06/2012, nro. 13.022).

Thomson Reuters

Tras la entrada en vigor del Cód. Civ. y Comercial, un planteo de este tenor fue resuelto por la suscripta en los autos "D. P., R. V. c. F., A. E. s/ medidas precautorias" del 29/12/2016, y confirmado por la sala K de la Cámara Nacional en lo Civil con fecha 01/09/2017, en el sentido de desestimar la autorización solicitada por una mujer para la transferencia de tres embriones conformados con material genético de su ex cónyuge. El tribunal sostuvo que "La ley prevé... un consentimiento de carácter progresivo, a saber: uno al momento del inicio del proceso reproductivo, y el segundo antes de la utilización de los gametos. Es cierto que, además, la ley dispone de otro tercer momento en el que se expresa la voluntad y, a pesar de que desde el primer instante en que los progenitores de deseo consienten la práctica tienen el único fin de iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, estos pueden retractar o revocar ese consentimiento hasta el momento de la implantación del embrión. De modo tal que es la voluntad procreacional la que nos lleva a considerar el consentimiento de las partes en la utilización de estas técnicas. Así, el consentimiento expreso de los usuarios es un elemento integrador de la filiación que se origina a través de la procreación médicamente asistida; por ende es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendente a este tipo de procreación... Es un consentimiento previo a la concreción de ese vínculo filial; es la expresión de la voluntad que de manera libre asume las consecuencias de un determinado acto... De modo tal que no puede desconocerse que, según la legislación vigente tanto al tiempo de llevarse a cabo las prácticas médicas y firmar el instrumento de fs. 13, como al momento de dictarse este pronunciamiento, se ha regulado un consentimiento progresivo que incluye la facultad de retractación de cualquiera de los aportantes de material genético que se extiende hasta el momento de la implantación del embrión. No se discute aquí el comienzo de la vida humana, como tal, que jurídicamente está reconocido en el artículo 19 Cód. Civ. y Com. de la Nación, sino más bien, el derecho de revocar aquel consentimiento otorgado por un plazo y luego no extendido en el tiempo".

VII. Como se anticipó, el contexto normativo vigente prevé una solución expresa frente a la conflictiva debatida en autos. Tal solución surge por un lado del art. 7 de la ley 26.862 y, en especial, del art. 561 del Cód. Civ. y Comercial, ubicado entre las reglas generales relativas a la filiación por TRHA, que han sido plasmadas en el capítulo 2 del título de Filiación (Título V del Libro Segundo sobre Relaciones de Familia) del Cód. Civ. y Comercial.

Dentro de este capítulo, que comprende los arts. 560 a 564, se regulan principios genéricos que servirán de sustento para la determinación de la filiación en todos los casos en que se utilicen dichas técnicas.

Invirtiendo el orden legal para ir de lo general a lo particular, cabe recordar que el art. 562 —al que recurre la actora para fundar su petición— alude a la voluntad procreacional, fuente de filiación cuando se accede a la procreación por TRHA, al decir que "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

La norma establece como regla que la filiación de los hijos nacidos mediante TRHA queda determinada como consecuencia de la voluntad procreacional de quien quiere llevar adelante un proyecto parental con independencia de quien hubiera aportado los gametos, desplazando así al elemento genético. Esta regla se reproduce en las distintas normas que regulan la determinación de la filiación (matrimonial y extramatrimonial) y subyace en la legislación de las acciones de filiación, cuando se dispone la improcedencia de la acción de reclamación y se desestima la posibilidad de desplazar la filiación en los casos de fertilización "heteróloga", si ha mediado consentimiento previo e informado de quien asumió la maternidad o paternidad.

Hace varias décadas ya, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los diversos elementos de la procreación, definiéndola como "el deseo o intención de crear una nueva vida" (Díaz de Guijarro, Enrique, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", JA, 1965-III-21).

Thomson Reuters

La trascendencia de la voluntad procreacional como determinante de la filiación frente al uso de TRHA fue puesta de resalto en el derecho comparado por Rivero Hernández, al decir que el elemento más relevante para establecer la filiación del nacido por estas técnicas "es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos..., lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja... El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido" (Rivero Hernández, Francisco, en AAVV, Comentario del Cód. Civil, Paz - Ares, Cándido - Díez Picazo, Luis - Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo - Salvador Coderch, Pablo (dirs.), T. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991).

Entre nuestros autores, Lamm enfatiza: "Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional'... Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo" (Lamm, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", Revista de Bioética y Derecho N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, p. 76-91, http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf).

Desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, Gil Domínguez conceptualiza la voluntad procreacional como "el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas. El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo. Un significante que significa el ser padre, madre, copadre y comadre... La voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano contemplado en la regla de reconocimiento de forma autónoma, o bien que integra los contenidos de otros derechos... Los códigos que incorporen la voluntad procreacional no la constituyen, sino que la garantizan en forma primaria. Siendo un derecho, el código la podrá establecer o ignorar en su articulado, pero su fuerza normativa y sus efectos simbólicos no dependen de su presencia en un código, sino de su existencia positiva expresa o implícita como derecho" (Gil Domínguez, Andrés, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ediar, Buenos Aires, 2014, ps. 13; 28/29).

De manera sintética, la voluntad procreacional puede definirse como la intención de crear una vida mediante las posibilidades que ofrecen los progresos científicos y tecnológicos, y asumir, en consecuencia, todos los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental con relación a la persona nacida.

La voluntad procreacional como fuente filial modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, o si se quiere, dinámico.

Para ser más precisos, en la filiación por TRHA, la identidad es definida a partir de la noción de socioafectividad. Este concepto fue acuñado por la doctrina brasilera dentro del ámbito de la filiación por naturaleza para justificar ciertas situaciones donde se consideraba la necesidad de priorizar el vínculo socioafectivo sobre el genético. En tal sentido Días expresa que "La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades del poder familiar. La posesión de estado como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos —y para eso el ejemplo más evidente es la adopción—" (Días, María Berenice, "Diversidade sexual e direito homoafetivo", Revista dos Tribunais, San Pablo, 2011).

En el derecho peruano, Varsi Rospigliosi sostiene que "La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas

Thomson Reuters

en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana... La filiación socioafectividad se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco —de ida y vuelta— como padre e hijo... Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del status del hijo como una excepción a la regla de la genética lo que representa una verdadera 'desbiologización' de la filiación haciendo que la relación paterno-filial no sea atrapada solo en la transmisión de genes cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes" (Varsi Rospigliosi, Enrique, "Paternidad sociafectiva. La evolución de las relaciones paternos filiales del imperio del biologicismo a la consagración del afecto", DFyP 2010 (abril), p. 48).

Entre la doctrina mexicana, sintetizando algunos precedentes aislados de ese país, Sosa Pastrana observa la flexibilización de la idea de verdad biológica para sostener la filiación y expresa que la "paternidad de facto... podrá convertirse en una pauta doctrinal con efectos pragmáticos que permitirá a los operadores jurídicos y, en concreto, a los jueces, otorgar una filiación entre padres e hijos no necesariamente sustentada en una paternidad con un criterio netamente biológico..." (Sosa Pastrana, Fernando, "Paternidad biológica y de facto (una aproximación comparativista con el derecho estadounidense)", RDF N° 68, p. 71).

En nuestro país, uno de los primeros autores que desarrolló la idea de socioafectividad y revalorizó la posesión de estado en las relaciones filiales fue Mizrahi, quien subraya: "se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación; y en este sentido son discutibles las posturas biologistas extremas... Adviértase que existe —al lado de la biológica— otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana....Jugará pues un papel preponderante la llamada filiación querida y vivida por el sujeto y su entorno; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que se ha denominado la 'faz existencial y dinámica'...". Es que "el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que no es dable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona" (Mizrahi, Mauricio L., "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LA LEY, 23/08/2004, p. 1. Del mismo autor, "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica", LA LEY, 2002-B-1198 y "Legitimados para impugnar la paternidad matrimonial", RDF N° 33, 2007, ps. 121 y ss.).

Estas reflexiones son extensibles a la filiación por TRHA. La identidad del ser humano, presupone un complejo de elementos que no tienen relación con la herencia genética, sino que se despliegan y fortalecen a lo largo de la vida a raíz de diversas circunstancias, una de las cuales es la familia que se conforma y se integra sobre la base de una relación social y afectiva. Desde esta perspectiva se define en el campo de la filiación por TRHA la identidad, tanto de quienes voluntariamente se erigen como progenitores y asumen la responsabilidad parental, como de las personas nacidas, criadas y queridas como consecuencia de esta decisión. De allí que la CDN, si bien no alude directamente a esta amplia conceptualización del derecho a la identidad, destaque en su preámbulo la relevancia del derecho de niños, niñas y adolescentes a "crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión" para el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad".

Más allá de su íntima vinculación con el aspecto dinámico o socioafectivo del derecho a la identidad, la voluntad procreacional como fuente de filiación en el caso de TRHA encuentra además su fundamento constitucional y convencional en la libertad personal o libertad de intimidad reconocida en el art. 19 de la Carta Magna y sendos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Los derechos a formar una familia y a intentar procrear constituyen derivaciones de este gran principio que nutre el sistema constitucional y convencional argentino. La misma expresión alude a la necesaria autonomía de la voluntad

Thomson Reuters

que debe estar presente —más allá del dato genético o con independencia de este— para la determinación de la filiación en estos supuestos.

En definitiva, reitero, en materia de TRHA la voluntad procreacional es el elemento o eje a partir del cual queda determinada la filiación, desplazando así al dato genético como fuente del derecho filial. Por tal razón, los arts. 560 a 562 del Cód. Civ. y Comercial aluden a este principio (art. 562) y al consentimiento informado (arts. 560 y 561), que no es más que la materialización de esta voluntad.

Esta misma ha sido la solución unánimemente propugnada en el derecho comparado, aún aquellos países que no han regulado en forma expresa y sistematizada las TRHA. Así, expresamente reconocen la filiación a favor de quien hubiera expresado su voluntad procreacional, entre otras, la ley española 14/2006 (art. 6°); el Cód. Civil de Tabasco, México (art. 324); la "Human Fertilisation and Embryology Act" inglesa (sección 35); el Cód. Civil de Brasil (art. 1597); el decreto 24.029-S de regulación de la reproducción humana asistida de Costa Rica (art. 8°); el Cód. Civil de Portugal (art. 1839) y la ley 32/2006 del mismo país (art. 20); el Cód. Civil francés (art. 311-20); el Cód. Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 187); el Cód. Civil holandés (art. 201-1); el Cód. Civil búlgaro (art. 32); el Cód. Civil alemán (art. 1600, ap. 1.5); el Cód. Civil suizo (art. 256); el Cód. Civil belga (art. 318); diferentes estados de los Estados Unidos que adhirieron a la Uniform Parentage Act de 2000 e incluso otros que cuentan con legislación especial en la materia (Nueva York, Connectitud, Georgia, Kansas, Oklahoma, Lousiana, Oregon, etc.); entre otros.

Tal fue también la respuesta auspiciada incluso antes de la sanción del Cód. Civ. y Comercial por un sector mayoritario de autores, quienes concordaron en que frente al uso de TRHA la filiación quedaba determinada a favor de quien había expresado su consentimiento para estas técnicas (ver, entre otros, Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de familia, Astrea, Buenos Aires, 1998, T. II, ps. 546 y ss.; Bossert, Gustavo A., "Fecundación asistida", JA, 1988-IV, 872; Bossert, Gustavo A.- Zannoni, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 176 y ss.; Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Familia, 10 ma. ed., Actualizado por Guillermo J. Borda, T. II, LA LEY, Buenos Aires, 2008, ps. 28 y ss.; Iñigo, Delia B.- Levy, Lea M.- Wagmaister, Adriana, voz "Reproducción humana asistida", en Lagomarsino, Carlos - Salerno, M. (dirs.) y Uriarte, Jorge (coord.), Enciclopedia de derecho de familia, T. III, Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 559; Levy, Lea M. - Iñigo, Delia B., "Identidad, filiación y reproducción humana asistida", en Bergel, Salvador B. - Minyersky, Nelly (coords.), Bioética y derecho, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, ps. 259 y ss.; Grosman, Cecilia, Acción de impugnación de la paternidad del marido, Ábaco, Buenos Aires, 1984, ps. 105 y ss.; Sambrizzi, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida, ED, Buenos Aires, 2004, ps. 90 y ss. y ps. 121 y ss.; Krasnow, Adriana N., Filiación, cit., p. 209; Arson de Glinberg, Gloria H.- Silva Ruiz, Pedro F., "La libertad de procreación", LA LEY, 1991-B-1198; Cafferata, José I., "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", ED, 130-751; Méndez Costa, María Josefa - D' Antonio, Daniel H., Derecho de familia, T. III, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2001, ps. 229 y ss.; Méndez Costa, María Josefa, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2006, ps. 165 y 166; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 10/09/2012, p. 1; Andorno, Luis O., "Regulación de las técnicas de procreación asistida. Síntesis de la legislación europea y comentario de dos proyectos de ley presentados al senado argentino", Revista Persona, N° 58, noviembre de 2006; Belluscio, Augusto C., "Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal", LA LEY, 1978-C-931; Bíscaro, Beatriz R. - García de Ghiglino, Silvia S., "Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga", LA LEY, 1987-B-804; Lorenzo de Ferrando, María Rosa, "Determinación de la maternidad y la paternidad en los casos de fertilización asistida", en Derecho de familia. Libro en homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, ps. 315 y ss.; Parellada, Carlos A., "Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético", Libro en homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez

Thomson Reuters

Costa, cit., p. 420; Grosman, Cecilia - Martínez Alcorta, Irene, "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264", LA LEY, 1986-D-924; Dellacqua, Mabel, "Reflexión prospectiva de la inconstitucionalidad del artículo 259 Código Civil en relación a los legitimados", LA LEY, Gran Cuyo, 2006 (marzo) - 239; Mizrahi, Mauricio L., "El niño y la reproducción humana asistida", LA LEY, 30/08/2011; Lloveras, Nora - Mignon, María B., "La filiación en el siglo XXI y el Proyecto de Cód. Civil: un sistema normativo para la sociedad", JA, fascículo 6, 2012-IV, ps. 3 y ss.; etc.).

VIII. Ahora bien, como se anticipó, para que la llamada voluntad procreacional sea determinante de filiación los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Comercial exigen ciertos requisitos que precisamente tienden a garantizar que esta voluntad se exprese libremente, sin condicionamientos y dada la información necesaria para comprender los alcances de esta manifestación.

En primer lugar, esta voluntad debe exteriorizarse formalmente a través del consentimiento previo, informado y libre que establece la maternidad o paternidad de quien lo haya prestado.

Se entiende por consentimiento informado la "declaración de voluntad efectuada por un paciente quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención" (Highton, Elena I.- Wierzba, Sandra M., "Consentimiento informado", en Garay, Oscar E. —coordinador—, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal, Hammurabi. Buenos Aires, 2000, p. 191).

La relación médico-paciente presupone el derecho de toda persona, como agente moral autónomo, de recibir la información necesaria para formar su opinión y asegurar la autonomía de la voluntad en la toma de decisiones que le competen. Esta relación no se agota, entonces, con el cumplimiento de la obligación de informar, sino que requiere, asimismo, que el paciente destinatario de la información tenga una función participativa y de colaboración que le permita comprender, procesar y valorar lo que se le informa, y adoptar las decisiones racionales que le dicta su interés. Es así que una correcta hermenéutica del término "consentimiento" remite ineludiblemente a sus presupuestos previos: la información adecuada, la comprensión de esa información, la libertad en el sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de decisiones (conf. Pelayo González - Torre, Ángel, El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado, Comares, Granada, 2009, ps. 79 y ss.; Kraut, Alfredo, "Ausencia de consentimiento médico: La decisión por otro", JA, 1997-I-745; etc.).

En estos términos, en lo que aquí interesa, siguiendo el texto del art. 5 de la ley 26.742 que modificó la ley 26.529 sobre "Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado", el art. 59 del Cód. Civ. y Comercial define el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud como "la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados...".

En el caso de las TRHA, el art. 560 del Cód. Civ. y Comercial dispone que "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". A su vez, con relación a la forma y requisitos del consentimiento, el art. 561 reza: "La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

Thomson Reuters

Las formalidades relativas al consentimiento en las TRHA dan cuenta de la trascendencia de un acto que tendrá por efecto el nacimiento de una relación jurídica que producida la inseminación artificial o la implantación del embrión es, además, irrevocable. Por ello se exige que la declaración de voluntad que expresa la voluntad procreacional sea clara, precisa, y previa información adecuada.

Tan es así que con independencia de las disposiciones que en concreto se prevén en materia de TRHA, toda vez que ese consentimiento integra el establecimiento de una filiación y que dicha filiación es de orden público, a falta de normas directamente aplicables, se aplicarán analógicamente estructuras semejantes para establecer qué requisitos y contenidos mínimos debe tener el consentimiento (conf. Basset, Úrsula C., "El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 14/07/2015, p. 1, AR/DOC/2099/2015).

Ello se anticipa en el art. 7 de la ley 26.862, en tanto prevé que "Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529...", y su decreto reglamentario 956/2013, al agregar que "El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales".

La resolución 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud, del 26/03/2014, aprobó el Modelo de Consentimiento Informado Bilateral que deberá ser utilizado obligatoriamente por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos que participan en los subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales, en los casos establecidos en el art. 7° de la ley 26.529 (modificada por la ley 26.742), que garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario.

Más allá de lo dispuesto por las normativas especiales, y de las disposiciones que en general resultan aplicables en materia médica emergentes de la ley 26.529 sobre "Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado", su decreto reglamentario 1089/2012, y la ley 26.742 modificatoria de la primera, el Cód. Civ. y Comercial señala que este consentimiento o proceso para consentir debe reunir las siguientes características:

a) previo, es decir, manifestado con anterioridad a dar comienzo a la práctica médica (tanto la extracción de material genético, como la inseminación artificial y la implantación de embriones) e, incluso —como se verá— renovable cada vez que esta práctica se repita;

b) informado, en el sentido explicitado por el art. 59 del Cód. Civ. y Comercial y el art. 5 de la ley 26.742. En materia de TRHA, la información debe reunir datos sobre aspectos médicos, legales y éticos, condiciones económicas del tratamiento, consecuencias psicológicas, así como las posibilidades de éxito, riesgos y condiciones de aplicación de las técnicas. El consentimiento no se limita a un formato de aceptación, sino que debe contemplar el proceso de adquisición de información por parte de los destinatarios con el propósito de tomar una decisión previamente deliberada respecto del sometimiento a las TRHA;

c) libre, en el sentido que el art. 260 del Cód. Civ. y Comercial define un acto voluntario, es decir, "el ejecutado con discernimiento, intención y libertad", sin ninguna coacción ni presión de ningún tipo.

Por su parte, el art. 561 prevé que el consentimiento prestado en el centro médico (documento sanitario) debe ser protocolizado ante escribano público e inscripto en el correspondiente Registro Civil luego del nacimiento del niño o niña, apuntando a brindar publicidad, seguridad jurídica y mayores garantías a los usuarios de estas técnicas, los así nacidos y los terceros. Como bien se ha observado, se trata de un consentimiento "medicalizado y protocolizado": no basta que conste en documento

Thomson Reuters

sanitario ni en instrumento público, sino que tiene que cumplir ambos recaudos (conf. Lamm, Eleonora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil", Suplemento especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Cód. Civil, JA, 2012-II-68).

Solo reunidos todos esos requisitos, la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento será fuente determinante y suficiente de la filiación. Así lo refuerzan los arts. 569 y 575 cuando aluden a la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, respectivamente.

IX. Más allá de los requisitos formales enunciados precedentemente, los arts. 560 y 561 aluden a otro recaudo esencial que definirá la situación en el caso de autos: el consentimiento informado para las TRHA debe ser actual.

Este recaudo de actualidad del consentimiento se expresa en un doble sentido.

En primer lugar, el consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (art. 560). Ello significa que si se utiliza material genético en fresco, o sea, luego de su extracción, sin que se lo conserve, ese consentimiento resulta suficiente; en cambio, si se procede a la conservación de los gametos o embriones, ante una nueva utilización —sea por la propia pareja o para su dación a otras personas y, en su caso, para la cesación de la crioconservación o la utilización para la investigación— será necesaria la renovación del primer consentimiento por parte del titular del material genético.

En un segundo sentido, la actualidad del consentimiento implica que es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación —transferencia— del embrión (art. 561). Como se vio, esta última disposición legal sigue la tendencia inspirada por la ley 26.862, cuyo art. 7 in fine prevé que "El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer", y cuyo decreto reglamentario 956/2013 reza: "En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión".

La mera invocación de las normas citadas bastaría para desestimar la petición de la actora, pese a que su pretensión apunta a la autorización de la transferencia embrionaria sin determinación de la filiación a favor del demandado.

De todos modos, conforme lo he explicitado en los anteriores considerandos, profundizaré sobre las razones constitucionales y convencionales que han llevado al legislador a brindar la solución indicada así como también acerca de los argumentos que conllevan a su aplicación en el caso de autos.

Y es que la solución del art. 561 ha sido criticada por sendos autores. Entre otros, Sambrizzi sostiene que del art. 561 "cabría deducir que si la revocación se produjera antes de cualquiera de esos actos, no existirá responsabilidad alguna por parte de quien procediera a revocar su consentimiento; y ello no obstante el aporte de los gametos que hizo la mujer... y que tenía una legítima expectativa de tener un hijo del nombre que previamente había prestado su consentimiento que luego revocó sin otro motivo que la propia voluntad... Por otra parte... nos parece cuestionable que luego de la fecundación producida fuera del seno materno pero antes de la implantación en la mujer, pueda revocarse el consentimiento, lo que implica privar al niño de continuar desarrollándose hasta nacer", circunstancia que además "lo coloca en la posibilidad de su eliminación" (Sambrizzi, Eduardo A., La Filiación en el Cód. Civil y Comercial, LA LEY, Buenos Aires, 2016, ps. 87/88; del mismo autor, Comentario al art. 565, en Bueres, Alberto J. (dir.) - Azpiri, Jorge O. (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, T. 2, p. 422). Belluscio afirma que "Es lógico que se pueda revocar el consentimiento antes de producirse la concepción, pero no que se lo haga cuando el embrión ya está formado pero no implantado, porque entonces la revocación conduciría a su destrucción" (Derecho de familia, Abeledo-Pe-

Thomson Reuters

rrot, Buenos Aires, 2016, p. 467). Basset observa que "No hay diferencia sustancial alguna entre el embrión dentro del útero materno o fuera de él, por eso carece de razonabilidad el trato discriminatorio fundado en la modalidad de la concepción" "Filiación. Consideraciones generales. Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial 2012", Pontificia Universidad católica Argentina, Biblioteca Digital de la UCA, http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ filiacion— consideraciones-generales-basset.pdf).

No comparto estas críticas por las razones que seguidamente expondré.

La postura adoptada por citada normativa en torno de la renovación y la revocabilidad del consentimiento encuentra fundamento jurídico precisamente en la voluntad procreacional, pues desaparecida esta, desaparece el cimiento de la filiación por TRHA, cuestión que la distingue —como se vio— de la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Por tal razón, es necesario que en cada intento de fertilización se demuestre la persistencia o vigencia del proyecto parental que dio origen a la práctica.

En este sentido, Krasnow subraya que "la voluntad inicial puede no reflejar la voluntad actual y guiarse por la primera puede conducir a la toma de decisiones que no responden al elemento volitivo que... es el que debe guiar la determinación del vínculo cuando se recurre a esta fuente de la filiación" (Krasnow, Adriana N., "Técnicas de reproducción humana asistida. Ley 26.862 y el proyecto de Código", LA LEY, 2013-E-1025; de la misma autora, "La filiación por técnicas de reproducción humana asistida", en Krasnow, Adriana N. (dir.), Tratado de derecho de familia, LA LEY, Buenos Aires, 2015, T. III, ps. 53 y ss.; y "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2013 (octubre), p. 24).

En la misma línea, se observa que la razón de la postura legal es "La revalorización de la 'voluntad procreacional', eje o columna vertebral de la filiación derivada del uso de las TRHA..., que al ser un elemento esencial debe ser mantenida o actualizada demostrándose en cada intento que continúa vigente el proyecto parental que se persigue a través de esta práctica médica" (Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, Comentario al art. 561 en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora —dirs.—, Tratado de derecho de familia, T. I, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014, T. II, p. 472).

Pero, además, la opción normativa es una consecuencia de la libertad de intimidad o libertad personal sobre cuya base se edifica la voluntad procreacional como fuente filial, teniendo en cuenta también la libertad reproductiva, y el derecho a la planificación familiar y a la paternidad responsable, que impiden forzar una procreación no deseada.

En las disposiciones normativas citadas subyace una ponderación de los derechos involucrados, donde el legislador ha priorizado la decisión autónoma de no procrear, como fruto de la mentada libertad de intimidad que consagra el art. 19 de la Constitución y sendos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, por sobre el derecho a intentar procrear y el derecho a formar una familia, también reconocido constitucional y convencionalmente. Desde el enfoque de Alexy, se ha dado mayor "peso" al derecho a no continuar con el tratamiento de fertilización una vez extinguido el proyecto parental perseguido por las TRHA.

La política legislativa resulta razonable o proporcionada si se advierte —reitero— que a diferencia de lo que ocurre en la filiación por naturaleza, en la filiación por TRHA no es posible forzar jurídicamente el vínculo pues el sistema se asienta fundamentalmente en la voluntad procreacional, razón por la cual el legislador ha tomado los recaudos necesarios para que esta voluntad se formalice a través del consentimiento informado. La exigencia de este consentimiento con los estrictos recaudos ya mencionados es una garantía legal y trae como consecuencia lógica que quien lo presta lo hace a sabiendas de las consecuencias que provoca su revocación por parte de uno de los interesados en el proyecto procreacional.

El caso de autos da cuentas del conocimiento por parte de la actora de los alcances del acuerdo celebrado por ambos cónyuges en el centro de salud PROCRARTE. Ello por dos razones: no solo por cuanto al momento de la suscripción del consentimiento informado para

Thomson Reuters

la crioconservación de los embriones, esto es, con fecha 6 de junio de 2017, estaban vigentes el Cód. Civ. y Comercial, la ley 26.862 y se decreto reglamentario 956/2013, sino también por los términos expresos que surgen del mentado acuerdo y que no han sido controvertidos por las partes.

En este sentido, de la documentación agregada a fs. 228/232, reconocida por ambas partes, se desprende que en la fecha indicada, los cónyuges admiten someterse a una FIV con semen y ovocitos propios y autorizan a PROCREARTE a proceder al congelamiento y crioconservación de sus embriones producidos por un procedimiento de reproducción asistida y que el propósito de este congelamiento y conservación es su futura transferencia uterina.

En este documento, con cita de las disposiciones legales pertinentes, en forma expresa los cónyuges consienten que "El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión" y que "El destino posterior de los preembriones congelados puede ser:

1) La utilización por la propia mujer o su cónyuge/ pareja femenino;

2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su crioconservación sin otra utilización al finalizar el plazo máximo de conservación... En el caso de separación/ divorcio, si la mujer desea utilizarlos para su reproducción personal deberá contar con el consentimiento de la pareja/ cónyuge/ conviviente para la nueva transferencia que hubiera de realizarse" (ver puntos 5.a y 5.c).

En definitiva, los alcances de la ley fueron oportunamente puestos en conocimiento de ambas partes quienes consintieron en forma libre y previa someterse a las TRHA en los términos expuestos.

Sin perjuicio de la claridad jurídica que presenta la situación planteada, entiendo necesario formular una reflexión vinculada con la pretensión de la actora de que se la autorice a la transferencia embrionaria sin atribuir filiación a favor del demandado.

Confunde la actora su situación con la de la maternidad en solitario, opción regulada y garantizada por nuestro ordenamiento jurídico. No es este el caso de autos: no estamos aquí frente a una persona que decide recurrir a TRHA con material genético de un dador o donante anónimo, o incluso con gametos de un donante individualizado que renunció inicialmente a la voluntad procreacional. Estamos ante un proyecto parental compartido en su origen donde los miembros de la pareja decidieron procrear mediante el uso de TRHA y así lo hicieron, dando vida a L. Este proyecto parental compartido quedó interrumpido por la separación de la pareja y la decisión del demandado de no tener más descendencia con la actora. La circunstancia de que jurídicamente no se le atribuya la filiación del niño o niña que pudiera nacer no permite solucionar la controversia, pues el Sr. R. expresa en forma contundente que no quiere ser progenitor, ni desde el punto de vista jurídico ni desde la perspectiva genética.

La trascendencia o impacto de tener descendencia juega un papel fundamental en la conformación de la subjetividad de las personas y tiene evidentes repercusiones en el plano emocional y psíquico que no se resuelven o modifican por excluir el vínculo filial desde la perspectiva jurídica.

Por todo lo expuesto, normativa, doctrina y jurisprudencia citadas, entiendo que corresponde desestimar la demanda interpuesta por la actora.

X. En cuanto a la temeridad y malicia invocada, cabe formular algunas precisiones.

La temeridad y la malicia conforman dos tipos de conductas disvaliosas que agreden el principio de moralidad procesal.

La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y designado, especialmente, a aprender valores morales del prójimo. Por su parte, la malicia, se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la para-

Thomson Reuters

lización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso (conf. Gozaíni, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, LA LEY, Bs. As., 2006, ps. 171 y 172).

De las constancias de autos, no se advierte que la actora y/o su letrada hayan adoptado conductas que puedan calificarse de temerarias y maliciosas, tal como se les pretende adjudicar, sino que las distintas posiciones que asumieron fueron justificadas en el ejercicio del derecho de defensa en juicio y conforme al modo en que se fue desarrollando el proceso.

Por estas consideraciones, resuelvo: a) Desestimar el pedido de autorización formulado por la Sra. R. C. C. para el implante de tres embriones conformados con su material genético y el del Sr. M. F. R., crioconservados en el Instituto PROCREARTE. b) Costas a la actora vencida (arts. 68 y 69, Cód. Proc. Civ. y Comercial). En consecuencia, regúlense los honorarios de la Dra. ..., en su carácter de letrada patrocinante de la demandada en la cantidad de ... (...) uma, equivalente en la actualidad a la suma de pesos ... ($...); los de la Dra. ..., en su carácter de letrada patrocinante de la actora en la cantidad de ... (...) uma, equivalente en la actualidad a la suma de pesos ... ($...) y los del Dr. ..., en su carácter de letrado patrocinante de la actora en la cantidad de ... (...) uma, equivalente en la actualidad a la suma de pesos ... ($...) (conf. arts. 14; 16; 19; 29 y cc. de la ley 27.423) Fíjese el plazo de diez días para su pago. c) Desestimar el pedido de temeridad y malicia introducido por la demandada. d) Notifíquese y al Sr. Defensor de Menores en su despacho. — *María Victoria Famá*.

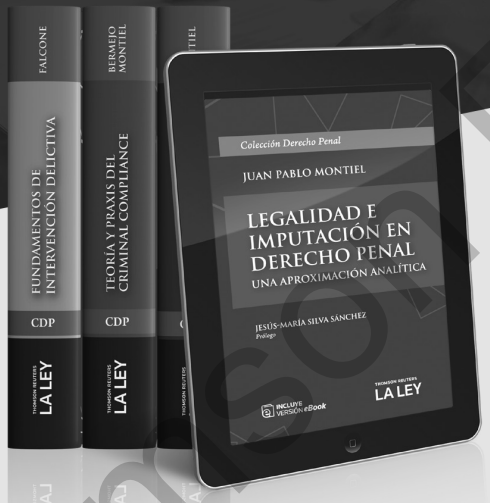
Thomson Reuters

THOMSON REUTERS
LA LEY

LANZAMIENTO

COLECCIÓN DERECHO PENAL

Director: **Juan Pablo Montiel**



Juan Pablo Montiel • Mateo Bermejo • Andrés Falcone

3 Tomos + *eBook*

La colección que todo penalista debe tener en su biblioteca.

Ofrece una panorámica actual de los temas que se están discutiendo hoy: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el Criminal Compliance, análisis económico de la política criminal, etc. Se plantean problemáticas clásicas desde un enfoque renovado, ofreciendo herramientas para que el profesional pueda resolver problemas prácticos.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para contadores.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

Thomson Reuters

Thomson Reuters

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

LANZAMIENTO

TRATADO DE DERECHO A LA SALUD

2.ª edición actualizada y ampliada

Celia **Weingarten** •
Graciela **Lovece**
Directoras

3 Tomos + *eBook*

Contiene códigos QR con material adicional.

En contexto de pandemia, ¿qué sucede con el derecho a la salud y su aplicación en el ámbito laboral? ¿Cómo se regularán los daños producidos por infecciones hospitalarias y el COVID 19? ¿Cuáles son los efectos de la salud física y mental por el aislamiento social durante la pandemia? Éstas y otras preguntas más son analizadas en una segunda edición actualizada y ampliada del tratado, en la que se abordan los nuevos desafíos e interpelaciones que surgieron en el campo del derecho y la salud, en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

ESCANEE EL CÓDIGO QR
y acceda al índice interactivo de la colección.
Comience a leer el primer capítulo.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

Thomson Reuters

Thomson Reuters

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

CONTRATOS ELECTRÓNICOS

TEORÍA GENERAL Y CUESTIONES PROCESALES

Gastón Enrique **Bielli** • Carlos Jonathan **Ordoñez**

Contiene códigos QR
con **material adicional**.

2 Tomos + e*Book*

La obra analiza tanto los **aspectos jurídicos** de los contratos electrónicos como los institutos relacionados con los mismos: documento y **firma electrónica y digital**, las plataformas de compraventa, las comunicaciones electrónicas, las redes sociales, entre otros. Los autores estudian cada una de las particularidades que impone la contratación electrónica, intentando proporcionar una **solución** sobre los marcos conflictuales propios de esta metodología.

Es una publicación fundamental para entender el impacto que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones han producido en las relaciones sociales e interpersonales y que requieren una respuesta adecuada por parte del Derecho.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar

info! TR

En todo momento y lugar

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Escanee el código QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

Thomson Reuters

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
CUENTA Nº 10269F1
FRANQUEO A PAGAR

the answer company™
THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444