

## Doctrina

# La Reforma Procesal Penal en Jujuy



Marco A. Espinassi

Abogado. Especialista en Derecho Penal. Doctorando en Ciencias Penales. Docente Universitario. Integrante de la Comisión de Reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy.

**SUMARIO:** I. Las normas en juego.— II. El desafío: romper la inercia de la costumbre.— III. El factor humano. La resistencia.— IV. Los procesos adversariales de segunda generación.— V. Los desafíos vigentes en la Provincia de Jujuy.— VI. Un cambio que no terminó.— VII. La revolución necesaria.

### I. Las normas en juego

Como punto de partida, el lector debe dimensionar que, hasta octubre del año 2022 en la provincia de Jujuy se aplicaban dos códigos procesales.

El Código Procesal Penal, creado por ley 3584 del año 1978, de naturaleza mixta que rigió en forma plena hasta septiembre de 2011 con la sanción de la ley 5623. A partir de ese momento subsistió en causas residuales, y en las que se investigaban hechos cometidos por menores en conflicto con la ley penal.

La ley 5623 abrazó el proceso acusatorio de primera generación, que trajo como virtud la diferenciación de quienes investigan y acusan. Este Código rigió desde septiembre de 2011 hasta la entrada en vigor progresiva, de la ley 6259. Sin embargo, actualmente se aplican las normas de la ley 5623 para aquellas causas que ya habían sido citadas a juicio, antes de la vigencia de la ley 6259.

En el mes de octubre de 2022, adquirió vigencia el Código creado por ley 6259 solo para los delitos vinculados con el fuero especializado en violencia de género, justicia penal juvenil, y la nueva competencia de narcomenudeo. Luego, en el mes de marzo de 2023 se implementó esta norma para el resto de la competencia provincial. En todos los casos, se aplicó esta ley a los procesos en trámite, aun en los supuestos donde se investigan hechos anteriores a su entrada en vigor, con la excepción de aquellas causas donde ya se había realizado la elevación a juicio.

### II. El desafío: romper la inercia de la costumbre

Las transiciones en los sistemas procesales muy lejos están de llevarse a cabo en forma pacífica y sin alteraciones. Suponen cambios bruscos en las estructuras organizativas de juzgados y fiscalías, con migración de personal a las oficinas judiciales; suponen también la readecuación de las infraestructuras, pero por sobre todas las cosas, la forma en que nos posicionamos frente al conflicto. Este cambio de mentalidad es tan importante que, pese a la existencia de una firme decisión política de aportar los recursos financieros y humanos para la implementación de un nuevo Código Procesal, su éxito depende principalmente de los operadores.

En este punto, es importante aclarar que una cosa es la reforma procesal penal, y otra distinta es cambiar el paradigma de justicia penal. La modificación del Código Procesal Penal es una faceta de un entramado mucho más complejo del que forma parte. El Código creado por ley 6259 realiza un importante aporte para mejorar el sistema de justicia penal, ya que tiene la virtud de limitar la posibilidad discrecional de los operadores que muchas veces aplican la norma de manera distinta a la deseada por el legislador. La oralidad, la desformalización de los procesos, el contradictorio y la intermediación, ya no son opciones que los operadores pueden elegir no aplicar. Sin bien estos principios no estaban vedados en el Código Procesal Penal vigente desde los años 2011 al 2022, fueron los operadores quienes con sus prácticas desviaron el camino proyectado por los codificadores, para luego achacarles falencias a la norma procesal que ellos crearon desde la práctica forense.

Teniendo presente que la reforma procesal es solo parte de un cambio más profundo en el sistema jurídico penal, enfocamos este trabajo en el aporte a ese cambio de fondo que realiza la reforma procesal.

Históricamente, el proceso giraba en torno a un expediente, y a él confluíamos para todo acto procesal. Si una parte deseaba producir una testimonial, se materializaba el pedido en un expediente, se proveía en este, se traía al testigo y su declaración se plasmaba en un acta que se agregaba al expediente. Si un Fiscal solicitaba un allanamiento lo dejaba asentado en un expediente, el juez emitía una resolución que también se agregaba al mismo cuerpo, producido el allanamiento se labraba un acta que, por supuesto, se incorporaba al expediente, todo debidamente foliado y sellado.

Pues bien, en el nuevo sistema procesal, el expediente ha desaparecido y en su lugar se conforman legajos de investigación. El paso del expediente al legajo no se limita en la mera denominación. El Legajo de Investigaciones tiene un formato similar a una carpeta o fichero en el cual se va asentando y/o agregando, sin rígidas formalidades, la información útil para cumplir con una finalidad propia y específica que es la de acusar o sobreseer a un imputado. El límite infranqueable está dado por la plena vigencia y respeto de las garantías y derechos constitucionales.

Con la reforma procesal surge un nuevo centro, lugar que ocupan los verdaderos titulares del conflicto, esto es, imputado y víctima, justamente aquellos que los sistemas escritos invisibilizaban. No resulta descabellado afirmar que muchas veces, los operadores técnicos los desplazábamos convirtiéndolos en convidados de piedra en un proceso que no los oía. Por un lado, los fiscales asumiendo agravios en nombre de las víctimas sin siquie-

ra preguntarles sobre sus deseos o expectativas en el juicio, y, por otro lado, los imputados que se encontraban con sentencias, luego de un largo proceso, pidiendo que alguien les explique cuál fue su suerte.

Esto ya no ocurre, ya que la intermediación no solo le pone rostro al servicio de justicia, sino que impone repensar el lenguaje, debiendo garantizar que el acceso a la justicia no se transforme en una mera formalidad. Hoy los jueces deben tomar los recaudos necesarios para asegurarse que tanto víctima como imputado comprendan lo que ocurre en una audiencia. Por su parte, tanto fiscales, representantes de la querrela y defensores somos permanentemente auditados por quienes representamos, participando de manera activa en los actos procesales y ejerciendo de manera directa la defensa material y tutela efectiva.

Pero el cambio no se agota en la desaparición del expediente. El éxito o fracaso de la reforma reposa exclusivamente en los operadores, quienes deben comprender la naturaleza del nuevo sistema, de manera que las viejas prácticas no se trasladen a la nueva realidad dándole un contenido a la letra del Código Procesal Penal distinta a la deseada por el legislador.

Reflexionando sobre esta transición el maestro Kamada recordaba que:

“El tiempo ha transcurrido inexorable y el Código ha mostrado, a la vez, sus virtudes, pero también sus defectos. Algunos de éstos obedecen, desde luego, tanto a los desaciertos contenidos en la misma norma como a los que resultan achacables a algunos de sus operadores, no del todo convencidos del cambio cultural que traería aparejada la nueva norma. Para conjurar estos últimos solo resta la capacitación, el estudio y el coraje para aplicar sus disposiciones con imaginación y buen criterio” (1).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(1) KAMADA, Luis E., Prólogo al libro “Los nuevos de-

safios del acusatorio adversarial en la Provincia de Jujuy”.  
Marco Espinassi, ED El Fuste, 2018, p. 12.

## Doctrina

### Notas sobre el Sistema Acusatorio

J. Gustavo Montoya

3

### Comentario a la ley 5773 de la Provincia de Catamarca

Sabrina M. Berger

5

### In memoriam | Ricardo Reimundín

Julio Chiappini

5

### Nota a fallo

### Defensa del consumidor

Entrega de chip de telefonía móvil a persona distinta a la

titular. Facilitación de usurpación de identidad. Responsabilidad. Daño moral. Daño punitivo.

CS Tucumán, sala civil y penal, 29/12/2022. - Tejada, Claudia Melina c. Telecom Personal S.R.L. s/ Sumarísimo (residual).

6

### Autodeterminación informativa y protección al consumidor en un caso de SIM Swapping

Carlos Eduardo Saltor

7

### Defensa del consumidor

Compraventa de un vehículo usado. Incumplimiento contractual. Deber de información. Procedencia del daño moral. Daño punitivo. Condena solidaria al socio gerente. Disidencia.

CC. y C., Jujuy, sala I, 25/11/2022. - Carrazana, Zulema Lilia-

na y Maizares, Humberto c. Norplan SRL y Gutiérrez, Mateo Ariel s/ Acción Emergente de la Ley del Consumidor.

9

### Aspectos procesales de la extensión de condena a directores del ente societario

Alejandro Bérnago Scarso - Facundo J. Calvelo

10

## Actualidad

### Actualidad en Derecho Laboral

Rodrigo Monasterio Figueroa

11

## Última instancia

12

Este es el verdadero desafío, el cambio en las personas. Ello implica una mirada estratégica frente al proceso, definiendo no solo “cómo” se litiga, sino también “qué”. Se requieren nuevas destrezas, sobre todo en oralidad, en el uso eficiente del tiempo, y hasta en la forma en la que comunicamos. Pero por sobre todas las cosas, comprendiendo que el proceso se caracteriza por su desformalización, donde la Investigación Penal Preparatoria consiste en la recolección de evidencia para determinar si la causa tiene ciertamente proyección de condena, pero que esa evidencia puede transformarse en prueba si es debidamente introducida a un debate, donde no resulta acertado pretender la incorporación del legajo como tal.

Los jueces mantienen su posición de terceros imparciales, pero asumen un rol activo, interrogando y fomentando el contradictorio, con el único límite de no interferir en las tesis de las partes. Esta óptica contrasta con la tradicional concepción del juez en un proceso acusatorio caracterizado con la pasividad. Como veremos, sus posibilidades de intervención varían de acuerdo con la instancia.

Un juez con funciones de control desconoce lo que las partes traerán a su conocimiento, y para obtener decisiones de calidad debe interpelar a las partes. Por su parte, los jueces con funciones de juicio se constituyen como terceros rígidamente separados de las partes, con la única posibilidad de formular preguntas aclaratorias. Ellos conocen las tesis de las partes solo ante la incorporación directa de los intervinientes en el proceso. Finalmente, los jueces con funciones de revisión deben prepararse para la audiencia de impugnación, y para ello es válido que conozcan todo lo que será debatido en estas, ello les permitirá tomar sus notas, y formular las preguntas necesarias para tener un claro panorama del contradictorio, y agravios de las partes.

Para los Fiscales también hay grandes cambios, pues deben constituirse como verdaderos investigadores, proponiendo sus tesis, las que no pueden definirse sin escuchar a la víctima. Ya no son más gestores de papeles que les traen sus colaboradores, hoy se espera de ellos que dirijan una investigación de manera estratégica. Para ello, es esencial que se definan claramente las directrices de política de persecución penal. Este nuevo rol, en la práctica, genera tensiones entre la mirada estratégica y la manda de objetividad.

Los defensores y querellas se enfrentan con un nuevo escenario, ya que deben construir sus propios legajos de investigación. Una vez más, si queremos una justicia de calidad, no alcanza con la “posibilidad” que las partes construyan su legajo, debemos garantizar que ello ocurra, y es que nos encontramos frente a grandes escollos para lograr que instituciones respondan pedidos de informe, o que testigos brinden información. Ellos se muestran reticentes en colaborar si no se les exhibe una formal notificación, suscripta por un juez, con sello y membrete de la justicia.

Nuevas destrezas son exigidas a los litigantes. La cultura jurídica latinoamericana ha generado una distorsión relevante, una tendencia a centrar la preocupación en temas netamente teóricos y una marginación casi absoluta del estudio de las destrezas propias del oficio de litigante. Es cierto que el Derecho es una ciencia, y, sin lugar a duda, demanda el aprendizaje de un extenso marco teórico y normativo; sin embargo, es un error creer que para el ejercicio en las cortes basta con este conocimiento, es absurdo desentenderse del ejercicio profesional y especialmente de la necesidad de contar con habilidades específicas (2).

Tanto es así, que a un cliente le importa poco el conocimiento exegético que posee su legista, cuántos libros ha leído o cuántas citas doctrinarias puede recitar; lo que realmente le interesa es la forma como lo representa y, en un sistema de audiencias, esta labor está íntimamente con sus destrezas (3).

Como puede apreciarse, el rol de todos los sujetos procesales ha cambiado, debiendo todos adaptarse a las nuevas demandas, de lo contrario, el cambio de las normas colisionará con la ausencia de cambios en las prácticas lo que llevará al fracaso de la norma procesal.

### III. El factor humano. La resistencia

Pese a la existencia de una tendencia sostenida en la legislación argentina en miras a adecuar las normas procesales a sistemas oralizados, existen focos de resistencia que se muestran críticos.

Desde mi punto de vista, y sin perjuicio que todo debate constructivo es legítimo, encuentro que muchas de esas detracciones obedecen al arraigo a las viejas prácticas, el temor a lo nuevo y el mantenimiento de un *status quo* que fracasó en su objetivo de dar respuestas eficientes a los ciudadanos.

A modo de ejemplo, algunos jueces han advertido como disvalioso que ya no pueden subsanar olvidos o errores de los fiscales. Esta concepción demuestra una peligrosa posición frente al conflicto, y una predisposición a inclinar la balanza a favor de una de las partes del proceso. No debemos olvidar que el proceso acusatorio se caracteriza por la rígida separación entre quienes acusan e investigan. Permitirle a un magistrado realizar actos propios de la acusación, implica sin más, que el tercero imparcial en el proceso asuma el rol de una de las partes.

Idéntico análisis se desprende de la crítica a la imposibilidad de que los jueces de juicios realicen preguntas directas a los testigos. Interrogar es un acto propio de la parte que busca acreditar su teoría del caso. El juez debe resolver con los elementos probatorios que las partes les acercan, de ahí que la “verdad real o material” constituye una mera aspiración, dando paso a una “verdad formal” que surge de los elementos de prueba aportados por las partes.

Como se puede advertir, estas objeciones se sustentan en una posición ideológica y cultural sobre el proceso, caracterizado por una resistencia al cambio más que a deficiencias de la norma.

Toda evolución genera cambios, y esos cambios temores, incertidumbres y desconfianzas. No es menor que hoy, los principales adherentes al nuevo Código sean aquellos operadores que ya lo transitaban y que encuentran que la norma da mayores respuestas a la sociedad.

Que nadie se ponga incómodo si afirmamos que el servicio de justicia no goza del mejor concepto entre los ciudadanos. Los reproches son de los más diversos, y la reforma procesal no dará respuesta a todos ellos, y es que el Poder Judicial no está llamado a ser un poder popular, sino un poder justo, y en ese cometido toma decisiones que no pueden medirse en términos de popularidad, ya que es muy difícil que, al resolver un conflicto de intereses contrapuestos, todos sientan que su pretensión fue satisfecha.

Sin embargo, la norma pretende dar respuestas muy valiosas a la sociedad. Sin lugar a duda, la oralización de los procesos trae

como consecuencia inmediata procesos más rápidos, lo que constituye uno de los reclamos más frecuentes: “una justicia lenta no es justicia”.

La escrituración hace más lenta la sustanciación de cualquier incidencia que se presenta en un proceso. Escritos, vistas y resoluciones que en una audiencia pueden resolverse en veinte minutos, demoran semanas en dar respuesta para los sistemas escriturales. Y si debemos impugnar, con suerte la respuesta vendrá en cuatro meses, y en algunos casos hasta un año.

Ello implicó que los operadores nos transformáramos en expertos para explotar los vicios del sistema, debiendo todos hacer *mea culpa* de ello.

A las defensas se las cataloga vulgarmente de “chicaneras”, al presentar recursos que dilatan el proceso y buscan la prescripción. Por su parte las fiscalías cuentan con un terreno muy propicio de negociación de juicios abreviados cuando los imputados están privados de libertad y tienen varios meses por delante de espera para que se resuelva su pretensión en la Alzada.

Nos volvimos expertos en litigación del riesgo procesal, y ganar esa batalla muchas veces implica ganar el proceso, ya que la causa deja de tener prioridad al no tener una persona privada de su libertad, caminando lentamente a la prescripción.

Todo ello nos aleja de una justicia de calidad, no se litiga el hecho investigado, y por sobre todas las cosas, invisibiliza a los titulares del conflicto.

En los sistemas por audiencias, con investigaciones a plazo, no parece razonable que las causas prescriban. De hecho, desde la implementación del Código Procesal Penal Federal en las jurisdicciones de las provincias de Jujuy y de Salta, ninguna causa ha prescrito.

Los fiscales no cuentan con detenciones sin plazo, y con ello la autoincriminación que obtiene en un juicio abreviado no está viciada. Por su parte, las defensas nada ganan en presentar impugnaciones sin futuro, ya que, al ser resueltas en plazos muy breves, nada aportan a la famosa “chicana judicial”.

Otra de las virtudes está dada por la justicia con rostro, eliminando los intermediarios, y permitiendo a víctimas e imputados un control directo de lo que ocurre con sus causas. En los procesos escriturales, entre el imputado y la víctima están sus abogados, el operario de mesa de entradas, el sumariante, el secretario y lejos, sin contacto alguno, el magistrado. En los procesos con audiencias las resoluciones se toman dando la cara al titular del conflicto, en lenguaje claro y por sobre todas las cosas con el control de las partes, quienes pueden evaluar en forma directa no solo a los jueces, sino también a sus propios representantes.

### IV. Los procesos adversariales de segunda generación

Históricamente el sistema acusatorio rigió durante la mayor parte de la antigüedad (Grecia y Roma). Luego, en la edad media hasta el siglo XIII, cuando fue reemplazado por aparición de la inquisición que se prolongó hasta el siglo XVIII, cuando la Revolución Francesa y el Iluminismo dan nacimiento al sistema mixto, que no fue más que una atenuación del inquisitivo. Este sistema mixto se expandió por la dominación napoleónica posterior a la revolución francesa.

Ya en tiempos más modernos, se comienza a gestar la necesidad de implementación de sistemas de corte acusatorio. Ferrajoli define al sistema acusatorio como “todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada, a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de pruebas, llegando al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa” (4).

A nivel provincial, la transición de los sistemas mixtos a los adversariales se dio de manera progresiva. En el año 2011 entró en vigor un sistema acusatorio de primera generación, a decir de Binder, la primera liberación de los jueces, quienes ya no tenían la carga de dirigir la investigación, deber que quedó en cabeza de los fiscales.

Con la implementación del nuevo Código Procesal Penal, los jueces son liberados de toda función administrativa. En estos sistemas procesales se profundiza la adversarialidad, donde el magistrado debe decidir entre dos tesis (la acusatoria y la defensiva) conforme las pruebas que las partes les traen a su conocimiento. La recolección de estas pruebas es responsabilidad exclusiva de las partes, y a ellos pertenece, desapareciendo la vieja concepción paternalista de los jueces según la cual *la prueba es del proceso*. Solo pueden disponer de estas en casos muy puntuales, de manifiesta sobreabundancia o impertinencia.

Son las partes las que definen sus tesis, de esta manera la inadmisión de prueba debe ser interpretada de manera restrictiva para no lesionar la defensa en juicio. Es exclusiva responsabilidad de las partes construir sus teorías del caso, y en el supuesto de no aportar prueba de calidad, ello se verá reflejado en la resolución final, mas no en la instancia de admisibilidad.

Esta libertad probatoria, en el caso de los fiscales, encuentra limitaciones propias de la naturaleza objetiva de la participación del Fiscal en el proceso, sobre quien pesa la obligación de investigar todas las circunstancias relevantes del hecho, objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomaré conocimiento, incluso si ello redundara a favor del imputado. Incluye, además, al mencionado deber de lealtad procesal, consistente en la imposibilidad de ocultar cualquier tipo de evidencia favorable a la defensa.

Esa manera de concebir el rol del fiscal impacta no solo en la forma que el Ministerio Público Fiscal debe llevar a cabo sus investigaciones sino también en sus obligaciones respecto de las otras partes, en lo atinente a la recolección de la prueba. Incide, además, en los requisitos que debe reunir su acusación al término de la etapa preparatoria (5).

Los procesos adversariales de segunda generación se gestionan por audiencias, y ello implica una ruptura cultural, ya que se establece una nueva metodología para producir y valorar información que se introduce de manera verbal.

### V. Los desafíos vigentes en la Provincia de Jujuy

La vigencia de la nueva norma procesal es disruptiva, ya que viene a romper una serie de vicios que sostenemos a base de inercia. Se limitan las posibilidades discrecionales de los operadores viéndose obligados a aplicar la oralidad, la desformalización y la concentración de actos procesales.

(2) DERSHOWITZ, Alan, “Prefacio”, en Bailey, Lee, *Cómo se ganan los juicios*, Limusa, México D. F., 1998, p. 11.

(3) BINDER, Alberto, “Prólogo”, en RÚA, Gonzalo, *Contraxamen de testigos*.

(4) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, España, 1995, Capítulo 9, p. 564.

(5) BORINSKY, Hernán Mariano - CATALANO, Mariana

Inés - MAHIQUES, Carlos Alberto - MAHIQUES, Juan Bautista, “Garantías del Sistema Acusatorio”. Ed. La Ley, 2022, p. 63.

Los primeros meses han mostrados cambios importantes.

El primero de ellos es la celeridad. Con el límite irrestricto de garantizar la defensa técnica, las causas penales avanzan a otra velocidad. Sin perjuicio de ello, el tiempo en ocasiones afectó el derecho de las partes de construir su propio legajo de investigación por las dificultades que las defensas o querellas tienen en la obtención de información de organismos o testigos, quienes son reticentes en brindar información cuando el requerimiento no es emitido por jueces o fiscales. Esta sin dudas es una deuda si queremos procesos de calidad.

Otro desafío es la generación de puentes entre los jueces. La práctica ha demostrado que, ante situaciones idénticas, existen resoluciones diametralmente contradictorias. El sistema debe tener cierto grado de previsibilidad, sin embargo, cada juez mantiene su criterio, generando una incertidumbre mayor a la admitida en un proceso.

Detectando esta realidad el Superior Tribunal de Justicia, emitió la acordada 29/2023 mediante la cual designa una magistrada coordinadora, quien tendrá el desafío inmediato de constituirse como nexo entre la Oficina de Gestión Judicial, los magistrados y la Sala Penal de este Superior Tribunal de Justicia.

El Código Procesal Penal establece la creación del Colegio de Jueces. Si a la fecha no se implementó es por la resistencia de los magistrados a cumplir funciones distintas a las que ejercen naturalmente. Desde mi punto de vista, la implementación del Colegio de Jueces permitirá dos cosas. Por un lado, una visión integral del magisterio de las distintas etapas del proceso penal. Por otro lado, una distribución más eficiente de jueces donde mayor demanda se genere.

En el caso de las fiscalías, desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal, existió

(6) CSJ 461/2016/RH1, 02/05/2019, "Canales, Mariano Eduardo y otros/ homicidio agravado - Impugnación extraordinaria". TR LALEY AR/JUR/7772/2019.

un mayor grado de monitoreo y ajuste que se plasmaron en instrucciones generales emitidas por el Fiscal General.

El Ministerio Público de la Acusación creó la oficina judicial, que además de coordinar acciones con la Oficina de Gestión perteneciente al Poder Judicial, colabora con los fiscales en las tareas administrativas propias de la gestión. Ello generó que los fiscales dediquen su tiempo en forma exclusiva al ejercicio de la acción penal, audiencias y definición de acciones investigativas.

La Instrucción 51 impone la obligatoriedad de reuniones periódicas entre fiscales de investigación y fiscales regionales. Además, establece la exigencia de estándares mínimos, precedidos por un dictamen de un cuerpo de labor forense, para habilitar los pedidos de detenciones cautelares. Entendemos atinada la decisión ya que en la práctica nos encontramos con un verdadero exceso de detenciones cautelares que derivó en diversos problemas. La sobrepoblación carcelaria provocó que muchos imputados estén privados de su libertad en lugares y condiciones no aptas. Como lógica consecuencia, abundaron los hábeas corpus correctivos y las fugas en comisarias que en algunos casos albergaba hasta un detenido por metro cuadrado.

El Ministerio Público de la Acusación creó la Unidad de Gestión Estratégica de Causas, que se avocó a los más de 250.000 legajos que a la fecha no presentan trámites, entre el 5 de enero de 2016 al 30 de diciembre de 2019.

Por su parte, la Oficina de Gestión Judicial, a pesar de algunos traspies esperables, demostró flexibilidad y adaptación permanente.

Finalmente, ha sido clave la implementación de una política de capacitación permanente y de calidad, sobre todo con experiencia comparada.

A pesar de la corta vida del nuevo Código Procesal Penal, y sin perjuicio de que sostenemos que ha sido una norma superadora, no resulta descabellado pensar que deban realizarse algunos ajustes legislativos, sobre todo a la luz de la práctica judicial.

## VI. Un cambio que no terminó

Procesalmente nos encontramos en permanente evolución. Ello implicó que en un mismo territorio convivan sistemas procesales de naturaleza muy distinta, imponiendo a los operadores que día a día realicen una verdadera metamorfosis, pasando de sistemas mixtos a procesos por audiencias sin escalas.

Caminamos sobre un piso en movimiento, y estos cambios están lejos de terminar no solo por los ajustes que necesariamente deben realizarse sobre la norma procesal, sino también, por la tendencia a profundizar la contienda adversarial con democratización de la justicia. Luego del antecedente "Canales" (6), la implementación de los juicios por jurados a lo largo del país es un fenómeno imparable. El debate de a poco va ganando la agenda entre los operadores judiciales, todavía con resistencia y prejuicios que, desde mi punto de vista, tienen más que ver con la resistencia a los cambios, tal como ocurrió con la implementación del Código Procesal Penal cuya vigencia inició en octubre del 2022 y se consolidó en marzo de 2023.

Entre las críticas más habituales se destaca la posibilidad de influir a los jurados populares, ya sea por medios de comunicación o por el creciente fenómeno de las redes sociales. Esta crítica generalmente proviene de los sectores técnicos, olvidando que ellos también son parte de la sociedad, y, al igual que todo ciudadano, consumen información de medios y redes sociales. Podemos concluir que todos los sujetos sociales somos igualmente influenciados.

El juicio por jurados es una deuda con el constituyente desde el año 1853. Esta Constitución, con bases liberales, tomó institutos de un sistema con cimientos constitucionales distintos, de ahí que resulte lícito el debate relacionado con el "tipo" de juicio por jurados que debe aplicarse en la Provincia de Jujuy, sobre todo, en búsqueda de armonizar un sistema de valoración de prueba, distinto a los que aplicamos tradicionalmente en nuestro país: la íntima convicción.

La implementación de los juicios por jurados dará respuesta a una de las demandas

más habituales al servicio de justicia: su legitimidad. Será el pueblo quien juzgue a sus pares. Si a ello sumamos la reciente reforma que presenta como una de sus virtudes la celeridad de las causas, daremos grandes pasos hacia una justicia de mayor calidad.

## VII. La revolución necesaria

Transitamos una etapa revolucionaria procesalmente, y si bien el cambio se veía venir desde hace bastante tiempo, muchos operadores decidieron mirar a un costado hasta que su vigencia impactó de lleno en nuestra realidad.

Estos bruscos cambios generan incertidumbre, temor e inseguridad en los sujetos procesales, y de esto no están exentos jueces, defensores ni fiscales. La inercia de la costumbre y las viejas prácticas serán una tentación permanente y ello generará, sin lugar a duda, que esta etapa de transición esté llena de errores.

El arraigo al pasado generará que algunos sientan que es injusto que no se pueda trasladar el legajo como tal al debate, que las decisiones orales de los jueces no son suficientes, seguirán interpretando que la evidencia de la IPP equivale a prueba. Sin embargo, si deseamos que la reforma procesal dé sus frutos, debemos sostener el sistema, y esa carga reposa principalmente en los magistrados, quienes deben encarrilar el proceso dentro de un sistema acusatorio de segunda generación. Si los magistrados flexibilizan estos principios, no pasará mucho tiempo para que llegemos a un punto de colapso del que se desea salir justamente con la reforma procesal.

Queda claro entonces que el éxito depende principalmente del cambio cultural que debemos asumir los operadores del sistema. Para ello la capacitación es fundamental, pero, sobre todo, la firme convicción y valentía de aplicar las normas de acuerdo con la naturaleza de un proceso adversarial de segunda generación.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1301/2023

# Notas sobre el Sistema Acusatorio



## J. Gustavo Montoya

Abogado. Universidad Católica de Salta. Especialista en Finanzas y Derecho Tributario (Universidad de Belgrano). Postgrado en Derecho Tributario y Criminal (Universidad de Salamanca, España). Juez del Juzgado Federal de Orán. Juez Subrogante de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta. Jefe de Trabajos Prácticos de la Asignatura Legislación en la Comunicación, de la carrera Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Salta. Profesor adjunto por promoción provisorio de la asignatura Legislación en la Comunicación de la carrera Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de Salta. Profesor de la asignatura Seguridad Judicial y Administrativa de Gendarmería Nacional Argentina.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La dinámica de una audiencia de imputación oral.— III. De las medidas de coerción.— IV. Consideraciones finales.

### I. Introducción

A partir del 10 de junio de 2019 comenzó a regir en las provincias de Salta y de Jujuy, el Código Procesal Penal Federal (Cód. Proc. Penal Federal) que consagra el Sistema Acusatorio Adversarial. Significa, en pocas palabras, que la función de los intervinientes en el proceso penal queda claramente determinada, de manera exclusiva: investiga y acusa el Fiscal, valora y decide el juez.

El escenario geográfico en el cual opera este novedoso sistema es el noroeste argentino y, en mi caso, un Juzgado de frontera —San Ramón de la Nueva Orán— donde son permanentes los procedimientos por

drogas que llevan adelante las fuerzas federales de seguridad, en su mayoría. También las fuerzas provinciales, porque no podemos dejar de mencionar que la provincia de Salta —por razones estratégicas— asumió la competencia del narcomenudeo o de comercialización menor de droga, conocida también como bocas de expendio o microtráfico.

Nuestra jurisdicción —departamentos Orán, San Martín, Santa Victoria y Rivadavia— comprende la zona norte de la Provincia y abarca cerca de 300 kilómetros de frontera, que separan a la Argentina de Bolivia y Paraguay. En cuanto al mapa delictivo actual, los hechos más frecuentes son el narcotráfico en su modalidad de transporte y el contrabando (y su encubrimiento) de estupefacientes y de mercaderías. Acompañan

a estos delitos la resistencia y el atentado a la autoridad (cuando se impiden o atropellan los controles en ruta de las fuerzas de prevención) y, aunque en menor cuantía, casos de trata de personas y delitos migratorios.

En orden a nuestro tema central, para comprender el sistema adversarial es mejor confrontarlo con el anterior, inquisitivo primero y después mixto. El juez estaba a cargo de la Instrucción de la causa, investigaba, detenía personas, indagaba, citaba testigos, careaba intervinientes y resolvía la situación procesal de los imputados. Además, podía —inaudita parte— convertir detenciones en prisiones preventivas, etc. Quiere decir que el juez, en su papel de investigador, poseía un especial interés en el resultado del proceso y así, sin quererlo, perdía neutra-

lidad u objetividad por cuestiones de celo profesional respecto del éxito o del fracaso de su propia investigación. En ese contexto, la figura del Fiscal se veía muy desdibujada.

Por el contrario, con el sistema acusatorio cambia ese paradigma sobre la actuación o el papel procesal de quienes intervienen, se da prioridad a la oralidad del proceso, se afianzan los principios de publicidad, contradicción, intermediación y celeridad. Ahora el Fiscal primero investiga —busca evidencias— y después —si encuentra mérito— acusa al imputado. El juez, por su lado, valora y confronta la prueba con el hecho y a partir de entonces decide lo que corresponde, siempre con la debida presencia y participación del investigado y de su defensor. En otras palabras, la característica esencial de este sistema acusatorio consiste en que la

Instrucción de la causa —léase investigación y acusación— queda en manos excluyentes del Ministerio Público Fiscal.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido que la “...separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...” (1). Nuestra Constitución Nacional (CN), es un claro ejemplo de consagración de este modelo, pues al regular el juicio político, también separa claramente las funciones de investigar y acusar; de las de juzgar, evitando que el juzgador tome contacto previo al juicio o con las pruebas, o con las hipótesis preliminares, como derivación directa del Principio Republicano de Gobierno, que rige la organización del poder del Estado (CSJN, “Llerena Luis s/ Abuso de armas y lesiones —arts. 104 y 89 del Cód. Penal— Causa N° 3.221, Considerando 14).

En cuanto a las bondades y virtudes del sistema adversarial, como así también a sus defectos y falencias, creo más provechoso explayarme sobre las vicisitudes que se presentaron en estos más de tres años de su aplicación y sobre las casi cuatrocientas causas en las que me tocó intervenir, además de otras, subrogando al Juzgado de Tartagal.

## II. La dinámica de una audiencia de imputación oral

Cabe recordar que el proceso penal atraviesa por tres etapas. La primera de ellas es la inicial, a cargo del Juez de Garantías, de la que nos ocuparemos en el presente trabajo. La segunda o etapa intermedia es la del Control de Acusación, que está a cargo de los jueces de Revisión. En esa etapa, el Fiscal acusa y las partes ofrecen su prueba para el juicio oral; también pueden formular oposiciones o plantearse cuestiones preliminares (2). La tercera es la del Juicio Oral o Audiencia de Debate, a cargo de los jueces del tribunal de juicio, que se divide en otras dos etapas (3).

En cuanto a la operatividad del Sistema Acusatorio Adversarial, insisto en que el gran protagonista es el Fiscal, quien lleva adelante la investigación y luego —si hay mérito sustancial— formula la imputación para, finalmente —si se avanza en grado de verdad— realizar en el juicio, la acusación a quienes han intervenido en un hecho delictivo.

A modo de ejemplo, cuando una persona es sorprendida transportando estupefacientes, las fuerzas de seguridad proceden a su aprehensión mediante consulta al Fiscal, quien comunica al Juez de Garantías tal acontecimiento. Desde ese evento, la Fiscalía canaliza a través de la Oficina Judicial (4) la comunicación del inicio de las actuaciones para que se fije fecha y hora de realización de la audiencia de “control de detención” y “de formalización de la imputación”, que no puede ser posterior a las 72 horas de producida la detención, con notificación electrónica al juez, al defensor y al Fiscal.

De esta forma, el primer acto procesal en que intervienen todas las partes se denomina “Audiencia de Formalización de la Investigación”, que se lleva a cabo, en su caso, juntamente con la de “control de detención” (5). En ella el juez, en su carácter de director del proceso, realiza las presentaciones respectivas y explica a los imputados cuál es el al-

cance y sentido del acto procesal de formalización de la investigación (imputación). En esta audiencia se exige al Fiscal que le haga saber al imputado, con precisión, el hecho que le atribuye, las evidencias que lo respaldan, la calificación legal y su grado de participación; en síntesis, qué hizo el imputado, cuándo lo hizo, dónde lo hizo y con quién lo hizo. También debe especificar, en días, el plazo de duración que necesita para finalizar con la Etapa de instrucción y avanzar hacia la etapa intermedia, denominada “control de acusación”. A continuación, se le pregunta al imputado si comprendió el hecho que le atribuye el Fiscal y si quiere declarar para dar su versión sobre la existencia del hecho descripto.

Luego —siguiendo con la audiencia— las partes solicitan al juez las medidas de prueba que requieren de su autorización, porque el resto de la prueba la producen las partes de manera individual (como ser, declaraciones de testigos, informes de movimientos migratorios, de reincidencia, informes psicológicos y socioambientales, pericias químicas, entre otras).

La producción de todos estos actos procesales —imputación, declaración de descargo, medidas de prueba, solicitud de medida de coerción con traslado a la defensa y finalmente la resolución judicial no superara los sesenta minutos de audiencia—. Además, el Fiscal debe pedir un plazo en días para concluir con la investigación, que no puede ser mayor a un año (en el proceso ordinario), pero en promedio ronda entre 60 y 90 días corridos. En ese término puede suceder que el órgano fiscal formule acusación para ir más tarde a juicio oral o bien que pida el sobreseimiento del imputado, celebre un acuerdo de juicio abreviado o una suspensión de proceso a prueba, en este último supuesto solo para el caso de delitos con penas menores y bajo ciertas condiciones que el Código Procesal Penal Federal describe.

Dadas las características de la audiencia de imputación, se pueden plantear por parte de la defensa todo tipo de oposiciones al progreso de la acción (nulidad del procedimiento, atipicidad y consecuente sobreseimiento). También el magistrado insta a las partes a celebrar acuerdos —léase juicio abreviado, *probation*, acuerdo de colaboración del imputado— para resolver el conflicto. Después de estas secuencias, el juez resuelve, sin solución de continuidad y de manera oral. De esta forma se evita toda posibilidad de que las defensas técnicas dilaten el proceso, como ocurría con el sistema escritural. Es decir que se acaban muchos de los resquicios y las contradicciones o interpretaciones que tienen nuestras leyes para beneficiar o dilatar la situación procesal de las personas vinculadas con delitos.

Como, en su mayoría, se trata de personas detenidas en hechos de flagrancia, siempre nos acucian los breves y controlados términos procesales en que deben llevarse a cabo los actos jurisdiccionales. Y en este sistema el juez no puede delegar ninguna función o actividad en los secretarios, porque es en la audiencia oral cuando todo se decide, en clara aplicación de los principios de celeridad e inmediatez.

## III. De las medidas de coerción

Para finalizar la audiencia y, en caso de personas detenidas (aprehendidas), el Fiscal

solicitará alguna medida de coerción; por lo general, la prisión preventiva, y para ello debe justificar los riesgos procesales concretos, tanto el peligro de fuga como el entorpecimiento de la investigación que ahora se encuentran debidamente descriptos en el Código Procesal Penal Federal (hay quienes dicen que allí se plasmó el criterio imperante del fallo plenario “Díaz Bessone”). Del planteo y del plazo de la medida de coerción, se da traslado a la defensa técnica para que cuestione o consienta, previo a resolver el juez.

Dado su carácter excepcional, de las diez medidas de coerción que establece el Código Procesal Penal Federal, solo la prisión preventiva debe ajustarse a la *existencia real* de peligro de fuga —no potencial— o de entorpecimiento de la investigación. Por eso, se exige al Fiscal que justifique sobre cuáles evidencias considera presentes los peligros procesales.

En el caso particular de la prisión preventiva, solo podrá dictarse cuando las medidas leves no resulten suficientes para neutralizar el riesgo procesal; es decir, que la coerción intramuros solo procede cuando las otras no sean las adecuadas para asegurar los fines del proceso. El Fiscal deberá acreditar los elementos de convicción que sostengan la *probabilidad* del hecho; justificar con arreglo a las *circunstancias del caso* y a las *personales del imputado, los riesgos procesales*, es decir la presunción de que no se someterá a proceso u obstaculizará la investigación; exponer en días corridos el *plazo* de la medida de coerción. Los indicadores de riesgo procesal son detallados de manera específica:

### Peligro de Fuga:

-Arraigo, dado por la residencia habitual del imputado, de su familia y su actual ocupación laboral;

-La importancia del daño provocado y de la pena esperada en potencia;

-Facilidades para abandonar el país, de permanecer oculto, sobre la base de su solvencia económica o por residir en zona de frontera;

-Su comportamiento al momento del hecho; la conformación de un hecho aislado o en sociedad;

-Antecedentes y condenas anteriores;

-Posibilidad de que la pena sea mayor, producto de la profundización de la investigación;

-Posibilidad de que la pena sea menor por celebrar acuerdos de colaboración que faciliten la investigación, con la obtención de beneficios, tales como *probation* o un juicio abreviado.

**Peligro de Entorpecimiento:** Son los indicios que justifiquen la *grave sospecha* que el imputado:

-Destruirá, modificará u ocultará elementos de prueba;

-Amenazará o intimidará a víctimas, testigos o peritos para que declaren o informen de manera falsa o reticente.

-Que peligre su integridad física ante la posibilidad de integrar una organización trasnacional.

Claro está que, para decidir por la aplicación o no de la prisión preventiva, se debe evaluar cuáles indicadores de riesgo se encuentran presentes en el caso y, en este sentido, no se trata de sumar o restar indicadores presentes y ausentes, sino precisar cuáles tienen prevalencia sobre los otros en una valoración derivada de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los precedentes judiciales.

El juez no puede imponer una medida de coerción si el Fiscal no la solicita, tampoco agravar la solicitada, en clara aplicación del sistema adversarial. Es tal su neutralidad que no puede consultar el legajo judicial, solo escuchar a las partes sobre sus peticiones procesales.

## IV. Consideraciones finales

La finalidad del Proceso Penal Adversarial Acusatorio ya no es tanto la búsqueda de la verdad histórica sino la *resolución del conflicto*, tema bastante discutido o polémico este último, pues ahora el concepto de verdad es otro, según el cual lo importante es dar respuesta al sistema. Se impone un paradigma procesal denominado “verdades consensuadas”.

Se ha avanzado mucho respecto del sistema anterior, lo cual se ve reflejado en el alto índice de resolución de causas. Así, en el Juzgado Federal de Orán, al 31 de diciembre de 2022 se judicializaron 353 hechos delictivos a través de la formalización (imputación) de causas y se cerraron 282, en un total de 924 audiencias. El índice de resolución de casos, asciende así al 79,88, lo cual es muy alentador. Solo el 18,43 % de esas carpetas judiciales fueron elevadas a juicio oral; el resto (81,57%) fueron resueltas en la etapa preliminar (Instrucción) por el Juzgado, y así 23% correspondieron a acuerdos de juicios abreviados, 19,5% a suspensiones de proceso a prueba, 17,02% a sobreseimientos, 12,76% a incompetencias, criterios de oportunidad y acumulaciones a otras causas y, finalmente, 9,2% corresponden a archivos.

Sin embargo, y más allá de contar con tan buenas estadísticas, el delito es mucho más que un conflicto individual con la ley. Hay toda una sociedad de por medio que se ve afectada y es deber de los operadores judiciales afianzar la justicia. Y esto viene a colación porque sucede a veces que se proponen en audiencia acuerdos de resolución de conflictos, ya sea bajo la forma de juicio abreviado o suspensión de juicio a prueba que —desde mi mirada—, en el afán de lograr su aceptación por el imputado y de cerrar así las causas, se establecen condiciones muy laxas en las *probation*, como penas mínimas en los acuerdos de juicios abreviados. Tales decisiones pueden generar patrones de conducta criminal a futuro y, como es normal, en el ámbito de la delincuencia, todo se conoce, más aún las buenas noticias en materia de benignidad de políticas punitivas sobre ciertas personas o hechos.

Claro está que ya no es el juez el responsable de que se persigan los delitos o de que la investigación culmine con éxito, sino que será el Ministerio Público Fiscal, de manera exclusiva, el impulsor del nuevo proceso penal. Se abandona con esta impronta acusatoria la actividad que el anterior Código asignaba a los fiscales, muchas veces de solo controlar la legalidad de las actuaciones ju-

(1) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 564 y sigtes.

(2) En dicha audiencia el imputado y su defensa podrán —como cuestión preliminar— objetar la acusación, oponer excepciones, instar el sobreseimiento, proponer

la reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o un procedimiento abreviado, entre otras.

(3) En la primera etapa se determina la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, y si hubiere veredicto de culpabilidad se lleva adelante la segunda para la determinación de la pena.

(4) Quien se encarga de secuenciar todos los actos procesales, desde el inicio de la investigación hasta la audiencia de debate del juicio oral, fijando las audiencias respectivas.

(5) De manera simultánea se efectúa el control de detención, que tiene por finalidad que el Fiscal justifique

frente al imputado y su defensor, la legalidad de la detención sobre la base de datos tanto objetivos temporales (tiempo transcurrido entre el hecho, la detención y aviso al fiscal) como espaciales (distancia entre el lugar del hecho y la detención, si el imputado fue señalado por la víctima o testigos, si hubo persecución).

diciales o de actuar solo en caso de delegaciones.

Otra cuestión es si la sociedad, a través de la opinión pública, se conforma con lo resuelto, aunque ahora todo está muy claro

al haberse definido las responsabilidades de cada uno. El Fiscal acusa, el imputado se defiende y el juez valora y juzga. Si no hay condena y se absuelve en juicio al imputado, puede suceder que haya investigado o acusado mal. El acuerdo presentado a juicio

podría contemplar una pena muy baja también.

El delito aparece ahora como un conflicto individual con la ley, ya no con la sociedad como verdadera víctima. Esta circunstancia

y las amplias atribuciones del Fiscal y sus consecuencias deberían ser objeto de otra reflexión.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1298/2023

## In memoriam | Ricardo Reimundín



### Julio Chiappini

Abogado: UCA, 1970. Máster en Economía agraria: *Facoltà di Economia e Commercio*, Roma, 1976. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales: UCA, 1980. Doctor en Derecho: Universidad Nacional de Rosario, 2014. Ex Fiscal de Estado de la Provincia de Santa Fe: 1983-1987. Ex vocal de la Cámara Civil y Comercial de Rosario: 1987-1994.

#### I. Sumaria biografía

Nació en Salta el 6 de enero de 1905; y allí mismo, en "la linda", falleció el 7 de julio de 1985.

Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional que luce el nombre de otro gran procesalista salteño, Manuel Antonio de Castro, nuestro proto procesalista, fundador de la Academia de jurisprudencia y gobernador de Córdoba, autor de *Prontuario de Práctica Forense*, de edición póstuma publicada por Vélez Sarsfield con notas y ampliaciones

Nuestro personaje se graduó como abogado en Córdoba en el año 1932. Y en tan augustos claustros de doctor en derecho en el año 1950. Con una tesis sobre *Cargas procesales*. Calificación: sobresaliente. En "la docta" había conocido tiempo antes a la que sería su esposa y asistente durante toda su vida: Stella Ferreira Carranza.

Su carrera judicial fue extensa y culminó como presidente de la Corte Suprema de Justicia de su Provincia natal. En el año 1973, incluso, fue designado conjuez de la CSJN. También fue fiscal de Estado en Salta (año 1950) y en Jujuy (año 1962). Y desempeñado en el año 1949 como director del Instituto de Derecho Procesal del Ministerio de Justicia de la Nación.

A cargo de la cátedra en varias facultades de derecho, Reimundín formó parte de la pléyade del *procesalismo*. Que cotizaba el proceso como un todo. Junto a, entre otros, Lascano, Podetti, Couture, Eduardo Benito Carlos, Sentís Melendo (radicado en la Argentina desde el año 1941), Mercader, Rosas Lichtschein y Colombo. Que superaron así el *procedimentalismo*: el proceso como una suma de actos procesales.

En realidad, el *procesalismo* no modernizó demasiado el Derecho Procesal argentino. Pero sí puede decirse que esa corriente, fraguada en el Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales (Córdoba, 1939), comenzó nuestro derecho procesal moderno. En dicho Congreso fue elegido presidente Alsina, nuestro proto tratadista. Y vicepresidentes Máximo Castro y Abraham Bartoloni Ferro.

Mientras, así como Dante fue el último hombre de la edad media y el primero de la moderna, el puntano Tomás Jofré ofició como el último hombre de *procedimentalismo* y el primero del *procesalismo*. Sobre todo, por haber introducido en nuestro derecho a Chiovenda. Quien alerta que "En el procedimiento, el teórico puro carece de sentido. Pero el puro práctico es una desgracia". Y refiriéndose a Lascano, a Couture y a Reimundín, Sentís Melendo reveló que "Hombres de doctrina, magníficos teóricos, no son el puro teórico; y siendo prácticos del derecho, no son el puro

práctico. Cada uno de ellos representa la conjunción armónica de la teoría y la práctica, como lo quiso Chiovenda" (1).

En el año 1948 se celebró en Salta, el II Congreso que decíamos. Fue presidido nuevamente por Alsina. Y designados como vicepresidentes Reimundín, Alfredo Vélez Mariconde y Manuel Ibáñez Frocham. Y asistió, siendo ungido presidente honorario, Francesco Carnelutti. Quien recomendaba a los procesalistas "hacer ciencia útil".

En fin: hemos mencionado una constelación, un olimpo de juristas. Bien que ese tipo de elites hoy en día se ha disgregado, mayormente, en individualidades.

Reimundín también organizó los nacionales congresos de derecho procesal celebrados en Salta, en los años 1968 y 1979.

#### II. Su obra

Autor de cantidad de proyectos de ordenamientos procesales civiles, Reimundín legó una vasta producción carente de páginas antológicas pues todas lo son. Por ejemplo *La condena en costas en el derecho procesal civil* (año 1942), reeditada y actualizada en el año 1966; *La concepción publicística del proceso y el aumento de los poderes del juez* (Universidad Nacional del Litoral, 1949); *Derecho procesal civil* (2 tomos, 1956); *Los conceptos*

*de pretensión y acción en la doctrina actual* (1966, dedicado a la memoria de Podetti) y *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado* (año 1970), aparecido a poco de la sanción de la ley 17.454; Código todavía vigente aunque con muchas reformas. Creo que fue su obra más inteligenciada (2). Su último libro fue, o es porque pervive, *La prohibición de innovar como medida cautelar*, año 1979.

En cuanto a artículos de doctrina, numerosísimos. Y tampoco han perdido actualidad. Mérito inusual que lo han convertido en un clásico. Lo clásico como lo bueno que perdura. Lo cual contraría a Larra: "lo clásico tiene el alma del sepulcro". Juicio morigerado por Jan Kott: "Lo clásico está muerto o es contemporáneo". Además, ¡para novedades los clásicos!

Cultor del derecho indiano y del canónico (3), erudito historiador del Derecho Procesal argentino y colonial, asistente a los congresos de su especialidad, reconocido en el extranjero, se ha resaltado "su viva inteligencia y aguda y responsable propuesta tenía un alma abierta y generosa que ganaba el respeto y la simpatía de cuantos le conocieron. Como cabal maestro, sabía dar en tiempo oportuno el espaldarazo confiado en las nuevas promociones para inyectar impulso a la prosecución del trabajo disciplinado y responsable" (4).

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1291/2023

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En "Las diligencias para mejor proveer en el Anteproyecto de Reimundín", *Revista de Derecho Procesal* dirigida por Hugo Alsina, 1948, primera parte, p. 172.

(2) Su producción bibliográfica puede repasarse en el

opúsculo *Dr. Ricardo Reimundín. Vida y obra*, Salta, 1985, ps. 4-8. El folleto incluye una nota necrológica de Augusto Mario Morello titulada *Ricardo Reimundín*. Publicada en JA 1985-IV-875.

(3) LOUTAYFRANEA, Roberto G. "Semblanza de la vida

y obra del Dr. Ricardo Reimundín", *Revista Jurídica* N° 8, tomo IV, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de derecho y Ciencias Sociales, 1993, p. 43. Loutayfranea también es salteño Tal como otros relevantes procesalistas. Como ser Victorino de la Plaza (secretario de Vélez Sars-

field) y David Lascano.

(4) Morello, *Procesalistas inolvidables*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 99.

# Comentario a la ley 5773 de la Provincia de Catamarca



### Sabrina M. Berger

Abogada y Doctora en Derecho. Docente universitaria (UBA). Autora del libro "El daño biológico", 2014 y coautora del Código Civil y Comercial. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 2018 y de numerosos artículos en las principales publicaciones jurídicas nacionales.

**SUMARIO:** I. Palabras introductorias.— II. Síntesis de las normas.— III. Antecedentes legislativos.— IV. Nuestra opinión.

#### I. Palabras introductorias

La Provincia de Catamarca es la primera provincia en tener un protocolo escolar para niños y niñas trans. Por unanimidad, la Cámara de Senadores de dicha Provincia convirtió en ley 5773 el Proyecto que establece un Protocolo Obligatorio para las escuelas de la Provincia de Cambio Registral del prenombre de alumnos que soliciten el reconocimiento de su Identidad autopercibida, en el marco de la ley 26.743 de

Identidad de Género. Se trata del primer protocolo de esta clase establecido por ley en nuestro país.

#### II. Síntesis de las normas

En setiembre de 2022 la provincia de Catamarca plasmó en la ley 5773 y en su correspondiente dec. 2429, al cual se adjunta un importante Anexo, la decisión de establecer en la Provincia el Protocolo Obligatorio para establecimientos educativos de gestión pública y privada de cambio registral del prenombre de alumnos que soliciten el reconocimien-

to de su identidad autopercibida en el marco de la ley 26.743 de Identidad de Género. Para ello el Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia sancionaron con fuerza de ley un conjunto de disposiciones, que se sintetizan a continuación:

##### II.1. Ley 5773

En breve síntesis, la norma dispone lo siguiente:

"Art. 1º: Se establece en la Provincia de Catamarca el 'Protocolo Obligatorio para

Establecimientos Educativos de Gestión Pública y Privada, de Cambio Registral del prenombre de alumnos que soliciten el reconocimiento de su Identidad Autopercibida', en el marco de la ley 26.743 de Identidad de Género.

"Art. 2º: Se aprueba dicho "Protocolo Obligatorio" contenido en el Anexo I que integra la ley en estudio.

"Art. 3º: Se autoriza al Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca a realizar los ajustes presupuestarios necesarios para la ejecución de la presente ley.

“Art. 4º: Se designa al Ministerio de Educación de la Provincia como autoridad de aplicación de la ley.

“Art. 5º: Se ordena al Poder Ejecutivo Provincial reglamentar la mencionada ley en el plazo máximo de noventa días a partir de su promulgación.

“Art. 6º: Se invita a los municipios con sistema educativo municipal a adherir a las disposiciones contenidas en la presente ley”.

### II.2. Dec. 2329

Por su parte, el dec. 2329 pone bajo la órbita de los señores ministros de Educación y de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos la implementación de las normas contenidas en la ley y en su Anexo.

### II.3. Anexo

El Anexo contiene la parte funcional de la norma, e indica los requisitos a cumplir por aquellos alumnos y alumnas que deseen implementar el cambio registral del prenombre, el cual debe utilizarse de forma inmediata luego de su adopción por parte del niño o niña. Asimismo, la norma también impone requisitos al personal escolar.

Para el caso de alumnos y alumnas menores de edad y para el personal escolar se indican para dicho cambio pocos y sencillos pasos a seguir. Ellos son:

1) El alumno o la alumna debe acompañar una solicitud de cambio de prenombre que deben disponer las autoridades correspondientes bajo los preceptos regulados por el art. 12 de la Ley de Identidad de Género 26.743.

2) Tener en cuenta los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño, de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y esencialmente en razón a lo que establece el art. 26 del Cód. Civ. y Comercial.

3) Tener en cuenta que el nuevo prenombre se deberá usar para todos los actos, acciones, actividades, documentación escrita y digital, registro del prenombre u otros datos personales que prevea el establecimiento educativo por parte de todo el personal escolar (directivos, docentes, docentes auxiliares, equipo interdisciplinario profesional y personal administrativo).

4) El Cambio Registral debe ser incluido en el Legajo Único de Alumnos (LÚA) para todos sus efectos, toda vez que se hubieren sorteado las reglamentaciones vigentes para la validación del título.

5) El nuevo prenombre adoptado tendrá caracteres de “uso social” o “autopercebido”.

Por último, el Anexo trae una disposición según la cual las autoridades de los establecimientos educativos de gestión pública y privada, deben permitir la utilización de vestimenta acorde a la identidad autopercebida del alumno, ante la obligación del uso de uniforme o su inexistencia.

### III. Antecedentes legislativos

La norma en examen encuentra dos importantes antecedentes legislativos en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el art. 26 del Cód. Civ. y Comercial.

#### III.1. Ley 26.061

En palabras de la propia ley 26.061, esta tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar 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 sea parte. Los derechos reconocidos en esta norma están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el Principio del Interés Superior del Niño, haciendo especial hincapié en su art. 19 en el derecho a la libertad y en todo lo que este incluye. Del mismo modo en su art. 24 se hace expresa mención al derecho a opinar y a ser oído de las niñas, niños y adolescen-

tes, que en virtud de este derecho tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conforme a su madurez y desarrollo.

En la norma en examen, se define al “interés superior del niño” como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, debiéndose respetar, entre otros, su condición de sujeto de derecho; su derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.

En esta ley se establecen las pautas de elaboración de políticas públicas.

#### III.2. Art. 26 del Cód. Civ. y Comercial.

Por su parte, el art. 26 del Cód. Civ. y Comercial, en plena concordancia con lo dispuesto por la ley mencionada en el apartado anterior, establece que “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o

no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

En este artículo se menciona el concepto de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos, que traslada la visión del derecho desde el clásico concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia según parámetros de tipo psicofísico, sobre lo cual han escrito numerosos autorizados autores, a cuya lectura remitimos. Lo importante de esta nueva conceptualidad es que se habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, restando peso a los tradicionales representantes legales.

### IV. Nuestra opinión

Manifestamos nuestra más completa aprobación hacia la ley 5773 sancionada en el mes de setiembre de 2022 por la provincia de Catamarca, que ha demostrado ser pionera en cuestiones de cambio de prenombre en ámbito escolar para menores de edad. Dicha disposición concuerda con las actuales pautas de capacidad del menor y de autonomía progresiva.

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del niño, niña o adolescente de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre, aunque por cierto la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se convierte en el principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente en todos los ámbitos de la vida, ya sea judiciales, administrativos, familiares, escolares, comunitarios, etc. Vemos que la norma en estudio aplica los conceptos de escucha y respeto de los principios de libertad y autonomía progresiva a aplicar por los estudiantes menores de edad en instituciones educativas públicas y privadas, generando una normativa que resuelve las conductas a aplicar por todas las partes involucradas en el sistema educativo escolar.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3558/2022

## Nota a fallo

### Defensa del consumidor

**Entrega de chip de telefonía móvil a persona distinta a la titular. Facilitación de usurpación de identidad. Responsabilidad. Daño moral. Daño punitivo.**

1. - La existencia de expresas directivas legales a las empresas que comercialicen equipos o terminales móviles —arts. 1º y 2º, ley nacional 25.891—, la concreta imposición de una obligación de registrar y sistematizar los datos personales que permitan una clara identificación de los adquirentes, las deficiencias en el control de identidad por parte de las empresas del sector —que, como en el caso, entregan indebidamente la tarjeta SIM a un adquirente distinto del usuario-titular de la línea telefónica—, el creciente fenómeno de suplantación de identidad mediante la técnica de SIM Swapping y las concretas implicancias para el titular afectado debieron ser

concretamente analizados en el caso de autos, para así ofrecer razones que respalden la cuantía de la sanción impuesta a la demandada.

2. - El Tribunal de Alzada desestima la impugnación de la actora apelante y confirma la cuantía del daño punitivo impuesto a la empresa demandada por haber facilitado la usurpación de la identidad de la actora, incurriendo en un déficit que descalifica al pronunciamiento recurrido en casación. En efecto, la generalidad de las consideraciones vertidas por la Cámara priva de todo sustento a la decisión adoptada y tiñe de arbitrariedad a la sentencia impugnada.

3. - El Tribunal de Alzada ratifica la imposición de una sanción ejemplar a la empresa demandada y confirma la cuantía establecida por el Juez inferior en grado omitiendo el abordaje de las razones en las que el apelante respaldara la impugnación de dicho cuántum.

4. - Un comportamiento o práctica empresarial que implique una amenaza para los derechos del consumidor, así como la exposición a riesgos injustos, puede merecer una calificación de gravedad, conforme los bienes involucrados y las implicancias individuales y colectivas de la conducta denunciada.

5. - La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción (art. 49, LDC) que se atribuye a la accionada —facilitación de la usurpación de la identidad de la actora— debió ser puntualmente analizada, al igual que los antecedentes que dan contexto a la práctica empresarial que se intenta disuadir.

6. - Debe admitirse la indemnización del daño moral, pues, la sola posibilidad de que un tercero pueda utilizar la línea de otra persona como si fuera ella misma, o acceder a sus redes sociales y efectuar publicaciones y comentarios, o enviar mensajes, configura una lesión *per se*,

no solo por las consecuencias negativas que pudieran resultar respecto de la intimidad, el honor, la imagen y la reputación de quien sufre esta usurpación de su “identidad virtual”, sino por la inseguridad, intranquilidad y angustia que genera la sola eventualidad de que la situación perjudique también a familiares, amigos, conocidos y relaciones de las “redes”, que como consecuencia del hecho, se encuentran expuestos a sufrir engaños, estafas u otros delitos digitales, cuya comisión es lamentablemente cada vez más usual en nuestros días.

**CS Tucumán, sala civil y penal, 29/12/2022. - Tejeda, Claudia Melina c. Telecom Personal S.R.L. s/ Sumarísimo (residual).**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/188592/2022]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Proview]

# Autodeterminación informativa y protección al consumidor en un caso de SIM Swapping



Carlos Eduardo Saltor

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (UCM) con máxima calificación: sobresaliente *cum laude*. Máster en Informática y Derecho (UCM), Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Profesor Titular regular de la Universidad Nacional de Jujuy (UNJu). Profesor de universidad (UNT y UNSTA). Par Evaluador de CONEAU, para grado (Abogacía) y posgrado (Ciencias Sociales). Actualmente es Fiscal de Cámara Penal del Centro Judicial Capital de la Provincia de Tucumán, titular de la Fiscalía de Delitos Flagrantes 3 en el nuevo sistema procesal penal acusatorio (ley 8933).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Resumen del fallo.— III. Cuestiones que resuelve la Corte en este fallo.— IV. Cuestión que olvida la Corte en este fallo.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

El presente artículo analiza un reciente pronunciamiento de la CSJ de Tucumán (CSJT) en los autos “Tejeda, Claudia Melina vs. Telecom Personal SRL s/ Sumarísimo (Residual)”, sentencia de fecha 30/12/2022.

El caso en análisis plantea una relevante controversia jurídica en torno a los estándares utilizados para determinar la viabilidad y cuantificación de los daños punitivos y el daño moral, así como los criterios aplicables a las costas procesales en el ámbito de las acciones de consumo. Se analizan los parámetros legales y jurisprudenciales que deben considerarse al evaluar la procedencia de los daños punitivos. Asimismo, aborda los aspectos relevantes para la determinación del daño moral y estudia los criterios aplicables a las costas procesales en las acciones de consumo, analizando el marco normativo y jurisprudencial.

La decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en el presente caso demuestra una consolidación del derecho de protección al consumidor. La resolución muestra coherencia con decisiones previas y presenta una exposición clara de los argumentos legales que fundamentan su posición. Es importante resaltar la manera en que la Corte explica detalladamente las diferentes dimensiones que deben considerarse al determinar tanto el daño punitivo como el daño moral, los cuales forman parte integral de la indemnización que corresponde a la parte demandante.

La sentencia es correcta y justa al reafirmar los precedentes jurisprudenciales que exigen al consumidor de asumir los costos del proceso judicial. Se funda en la protección de los derechos del consumidor, y reconoce la necesidad de equilibrar las relaciones entre proveedores y consumidores. Tiene la intención de brindar un marco de defensa adecuado para los consumidores.

El punto crítico de la resolución de la Corte se encuentra en la ausencia de argumentos a favor de la defensa de la protección de los datos personales de la actora. No menciona ni hace referencia alguna a la vulneración que sufrió la recurrente Tejeda, en su carácter de titular de los datos personales existentes en el *chip* de su línea telefónica. El derecho a la protección de los datos de carácter personal es un derecho humano de central importancia en la sociedad de la información. En nuestro país tiene consagración constitucional (art. 43, tercer párrafo, CN), seguida por la Constitución de la Prov. de Tucumán (art. 39, Cód. Penal) y desarrollada por la ley nacional 25.326 de Protección de Datos Personales y su decreto reglamentario. Es por este motivo que su olvido no es una cuestión bizantina y merece este breve comentario sobre las luces y sombras existentes en esta sentencia de la Corte.

## II. Resumen del fallo

En la sentencia analizada intervino la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, para considerar y decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte actora en autos, Claudia Melina Tejeda, en contra de la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial Común del 14/09/2021, que fuera concedido por resolución de ese mismo Tribunal de Alzada, en fecha 17/02/2022 (1).

El caso parte de una demanda entablada por la Sra. Claudia Melina Tejeda en contra de la compañía de telefonía móvil Telecom Personal SRL. La actora reclama una indemnización en concepto de daño moral y daño punitivo por los perjuicios que le provocó el hecho de que la accionada entregara un *chip* de su línea telefónica a un tercero no identificado, permitiendo de esta forma que accediera a sus datos y cuentas de redes sociales sin su permiso.

El Tribunal de Primera Instancia entendió que la demandada resultaba responsable en los términos del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), atento a que con su conducta violó el art. 2º de la ley nacional 25.891 (2), generando un menoscabo en los derechos de la Sra. Tejeda. En tal sentido, hizo lugar a las pretensiones resarcitorias de la actora, fijando a su favor, una indemnización en concepto de daño material y daño punitivo.

La actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, reclamando una mayor cuantía de la suma que le fue otorgada en concepto de daño punitivo y daño moral.

El Tribunal de Alzada convalidó el criterio del Inferior que en los términos del art. 40 de la LDC, atribuyó responsabilidad a la accionada por violar el art. 2º de la ley nacional 25.891.

Asimismo, confirmó el monto fijado por el *a quo* en concepto de daño punitivo, en la suma de \$ 211.770, considerando que este resultaba adecuado y debidamente fundado, teniendo en cuenta la insuficiencia de pruebas sobre el daño extrapatrimonial que la accionante dijo haber sufrido, así como la ausencia de intencionalidad en la conducta desplegada por la demandada y la falta de acreditación de reincidencia en la comisión del tipo de infracciones que se le imputaba.

Por otro lado, la Cámara revocó la condena por daño moral, entendiendo que no existían pruebas que den convicción respecto del daño pretendido. A su vez, tomando en consideración la forma como resolvió las apelaciones de las partes, la Cámara impuso a la actora la totalidad de las costas de su recurso rechazado, mientras que puso también a su cargo el 15% de las costas generadas por el recurso de apelación de la accionada.

La demandante recurrió la sentencia, y en el memorial casatorio se agravó del rechazo de su apelación y la consiguiente confirmación del monto de la condena por daño punitivo; también se agravó de la revocación de la condena por daño moral y de la imposición proporcional de costas a su cargo.

La Corte consideró admisible el recurso; entendió que la determinación del *quantum* del daño punitivo no se encontraba precedida de un análisis circunstanciado de la actuación reprochada a la demandada, ni de la consideración de la proyección individual y colectiva del comportamiento sancionado, lo que por un lado privaba al pronunciamiento del debido sustento y, por otro, frustraba la finalidad disuasiva del instituto.

En relación con el daño moral la Corte sostuvo que el fallo en crisis confundió la existencia misma del daño moral, con la determinación de su cuantía sobre la base de las probanzas producidas en autos, por lo que consideró que debía aplicarse al caso el principio que postula que “la existencia del daño moral puede considerarse demostrada a partir de la acción antijurídica —daño *in re ipsa*— sin que sea necesaria prueba directa y específica sobre la conmoción espiritual sufrida”.

Finalmente estimó arbitraria la imposición de las costas en la Alzada a la actora, ya que la regla general en los procesos de consumo es que los consumidores se encuentran eximidos del pago de estas.

En definitiva, la Corte hizo lugar al recurso de casación de la actora y dejó sin efecto el decisorio impugnado, ordenando remitir los autos a la Cámara, a fin de que, con la integración que corresponda, dicte nuevo pronunciamiento sobre las apelaciones de las partes respecto a la mensuración de la sanción por daño punitivo y de la indemnización por daño moral otorgada por la sentencia de primera instancia, así como sobre la distribución de las costas en la instancia de apelación.

## III. Cuestiones que resuelve la Corte en este fallo

### III.1. Daño Punitivo

La CSJT, en relación con el daño punitivo, declaró la arbitrariedad de la sentencia emitida por la Cámara de Apelaciones, debido a su omisión en considerar los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales aplicables al concepto del daño punitivo, su naturaleza y finalidad, así como los requisitos necesarios para su procedencia. Además, consideró que la Cámara no tuvo en cuenta las directrices establecidas por la normativa vigente en cuanto a la determinación y cuantificación de esta sanción pecuniaria.

La legislación vigente, como así también el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia

mayoritaria, establecen que la cuantificación del daño punitivo queda sujeta a la determinación prudencial del juzgador, que, al momento de llevar adelante esa tarea, ha de acudir a las pautas orientadoras de los arts. 52 *bis* y 49 de la ley 24.240. Así lo entendió la Corte al establecer, en este caso, que “pese a la existencia de directivas legales expresas, el pronunciamiento impugnado omite considerar la ‘gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción’ y las ‘circunstancias relevantes del hecho’ (arts. 52 *bis* y 49, LDC)”.

El art. 52 *bis* de la LDC, señala que el daño punitivo “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”, mientras que el art. 49 de la LDC (si bien refiere a la sanción administrativa) resulta útil a los efectos de establecer las pautas para su graduación, a saber: 1) El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario; 2) La posición en el mercado del infractor; 3) La cuantía del beneficio obtenido; 4) El grado de intencionalidad; 5) La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; 6) Reincidencia; 7) Las demás circunstancias relevantes del hecho.

El fallo analizado expresa que el Tribunal de Alzada hizo caso omiso a estas directivas para la determinación del *quantum* y su decisión no estuvo precedida de un análisis circunstanciado de la actuación reprochada a la demandada, ni de la proyección individual y colectiva del comportamiento sancionado. De esta forma frustró la finalidad disuasiva del daño punitivo. Entendió la Corte que: “la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción” (art. 49, LDC) que se atribuye a la accionada, debió ser puntualmente analizada, al igual que los antecedentes que dan contexto a la práctica empresarial que se intenta disuadir. Solo así, dice la Corte, luce observada la pauta del art. 52 *bis* de la LDC y su concordante.

La aplicación del daño punitivo tiene finalidad sancionatoria y disuasiva. La naturaleza de este instituto apunta especialmente a sancionar las graves inconductas del dañador, imponiéndole una obligación pecuniaria que lo disuada de adoptar una conducta similar en el futuro (3). Este es el criterio que sostuvo la Corte en este fallo, al considerar que el monto de \$ 211.770 fijado por el *a quo* y confirmado por la Cámara en concepto de daño punitivo es insuficiente para la satisfacción de la finalidad disuasiva que define al instituto; toda vez que atendiendo a la capacidad económica de la demandada, la suma referida no impacta de manera significativa en su patrimonio, por lo que no tiene dicho monto la entidad suficiente para que la infractora modifique su conducta disvaliosa en el futuro, desvirtuando por lo tanto la finalidad punitiva y disuasiva de la figura del daño punitivo.

El fallo de la CSJT realiza un aporte destacado al derecho a la protección de los consumidores.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CSJT (Corte Suprema de Justicia de Tucumán), 30/12/2022, autos “Tejeda, Claudia Melina vs. Telecom Personal SRL s/ Sumarísimo (Residual)”, TR LALEY AR/JUR/188592/2022.

(2) Ley nacional 25.891 de servicios de comunicaciones

móviles, crea el Registro Público Nacional de Usuarios y Clientes de Servicios de Comunicaciones Móviles, e impone a las empresas de Servicios de Comunicaciones Móviles, la debida identificación de los adquirentes y usuarios de telefonía móvil. Esta ley es una de las denominadas leyes Blumberg, porque el principal impulsor fue el empresario

Juan Carlos Blumberg, cuyo hijo Axel fue secuestrado y asesinado en abril del año 2004. Blumberg propuso reformar la legislación represiva en general, y apuntó a lograr una mayor eficiencia por parte del Poder Judicial. Para lograrlo, organizó marchas multitudinarias que contaron con gran apoyo de la población.

(3) RUSCONI, D. (Director) “Manual de Derecho del Consumidor”. En capítulo X: BRU, J. “Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor”, Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 2ª ed., p. 594.

Expresa que la procedencia, determinación y cuantificación del daño punitivo constituye una labor de orden fáctico-reservada a los jueces de grado y en principio ajena como principio a su revisión en casación. Sin embargo, en el caso en análisis el Alto tribunal entendió que la discrecionalidad de los jueces en materia de daño punitivo no habilita que estos puedan prescindir del análisis circunstanciado de los hechos invocados por las partes, y de los elementos probatorios aportados al proceso, al momento de su determinación. La sentencia del Tribunal de Alzada dice la Corte, debe explicitar el juicio valorativo en la singularidad del caso sometido a su conocimiento, de lo contrario, incurre en una manifiesta arbitrariedad que habilita la apertura de la instancia extraordinaria.

### III.2. Daño Moral

La Corte también recibió el agravio planteado por la actora contra la revocación de la condena por daño moral establecido por el *a quo*, y expresó que el Tribunal de Alzada confundió en la sentencia en crisis, la existencia misma del daño moral, con la determinación de su cuantía sobre la base de las pruebas producidas. En la *ratio decidendi*, la Corte expresa que, *la existencia del daño moral puede considerarse demostrada a partir de la acción antijurídica —daño in re ipsa— sin que sea necesaria prueba directa y específica sobre la conmoción espiritual sufrida.*

La Corte dice que es evidente que el perjuicio sufrido por la actora afectó derechos y atributos de su personalidad, relacionados con su derecho a la intimidad. Nosotros agregamos que también se afectó el derecho a la autodeterminación informativa, que está vinculado en forma directa con el derecho a la libertad individual. La lesión de estos derechos extrapatrimoniales genera un daño moral que debe ser reparado por quien causó el daño, mediante indemnización.

En este fallo la Corte mantiene su criterio jurisprudencial, según el cual la acción antijurídica sufrida por el accionante (que en este caso quedó probada durante el proceso) es suficiente para determinar el daño moral. Y en consecuencia el actor no debe aportar prueba directa y específica sobre la conmoción espiritual que sufrió (4). Alcanza con demostrar que el ofendido sufrió una acción antijurídica que afectó su paz, tranquilidad de espíritu, libertad individual, integridad física, honor o sus más sagrados afectos, entre otros derechos o atributos de la personalidad que le son propios, para probar el daño moral.

La segunda instancia consideró acreditado el accionar antijurídico de la demandada, consistente en entregar a un tercero no identificado, el *chip* correspondiente a la línea telefónica de titularidad de la actora, sin tomar los recaudos pertinentes; y de esta forma incumpliendo las obligaciones que, en cuanto

prestador del servicio de telefonía móvil, le impone la ley 25.891. Y aunque nada diga el fallo, debe agregarse la olvidada ley nacional 25.326 (arts. 5º, 9º y 11, entre otros). Esa actuación del proveedor telefónico importó, necesariamente, otorgar al tercero acceso a la línea de la accionante y, a partir de ella, a todo su mundo virtual. El fallo de segunda instancia recurrido ante la Corte estimó que de los testimonios rendidos “podría tenerse por cierto que pudo mediar alguna publicación”.

La Corte, considera (en el voto del Vocal Decano Dr. Estofan) que la existencia del daño moral no requiere prueba específica, y que debe tenerse por demostrado con el solo hecho de la acción antijurídica realizada por la demandada (5). Explica que el daño moral “surge inmediatamente de los hechos mismos”, *in re ipsa loquitur* (6). Porque la sola posibilidad de que un tercero pueda utilizar la línea de otra persona como si fuera ella misma, o acceder a sus redes sociales y efectuar publicaciones y comentarios, o enviar mensajes, configura una lesión *per se*, no solo por las consecuencias negativas que pudieran resultar respecto de la intimidad, el honor, la imagen y la reputación de quien sufre esta usurpación de su “identidad virtual”, sino por la inseguridad, intranquilidad y angustia que genera la sola eventualidad de que la situación perjudique también a familiares, amigos, conocidos y demás relaciones nacidas en las “redes”; quienes como consecuencia del hecho, se encuentran expuestos a sufrir engaños, estafas u otros delitos digitales, cuya comisión es lamentablemente cada vez más usual en nuestros días. Evidentemente, una perturbación semejante en la persona de la actora se proyecta a la vida social del perjudicado y afecta todos los ámbitos de su desarrollo personal”. Y aunque en el fallo no se lo menciona, en este voto del vocal Estofan, se está describiendo el contenido del derecho a la autodeterminación informativa.

Al revocar la sentencia del Tribunal de Alzada, la Corte concedió a la parte actora el derecho a la reparación por daño moral. Fundó su decisión en la expresión dogmática de la *ratio decidendi* del Tribunal de Alzada, a la que consideró apoyada en la sola voluntad de los juzgadores, que han prescindido del análisis integral de la plataforma fáctica comprobada. En este punto la Corte se refiere al considerando de la sentencia de segunda instancia, en el que la Cámara Civil y Comercial expresa que “no basta el obrar antijurídico de la empresa telefónica para tornar procedente la pretensión si no se ha acreditado el daño y la relación de causalidad con la primera”. A este argumento la Corte lo consideró defectuoso, y en consecuencia descalifica la resolución recurrida por ser un acto jurisdiccional inválido, que transgrede el deber de motivación. De esta forma, la Corte admite el recurso de casación planteado por la actora, y casa la sentencia en pugna, haciendo lugar al Recurso de Casación de la accionada conforme la

gal, para las acciones iniciadas por las asociaciones de consumidores y usuarios legitimadas en defensa de derechos o intereses de incidencia colectiva.

(8) CSJT, 07/7/2021, sentencias Nº 609, autos “González, Darío Edmundo c. Banco del Tucumán Grupo Macro s/ Daños y perjuicios”. TR LALEY AR/JUR/131719/2021; y CSJT, 02/3/2022, sentencia Nº 154, autos “Abbate, José Francisco c. Telecom Personal SA s/ Daños y perjuicios”.

(9) TCFA (Tribunal Constitucional Federal alemán), 15/12/1983, (Ref. 1 BvR 209/83) en autos “Inconstitucionalidad de la ley del Censo de 1982”. En este fallo el TCFA declaró parcialmente inconstitucional la ley alemana del censo del 4 de marzo de 1982, y fundó la doctrina de la autodeterminación informativa. Disponible en Internet: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215\\_1bvr020983.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html) (última consulta 30/05/2023).

(10) CSJT, 15/3/2018, sentencia Nº 287; autos: “Cabrera, Heraldó Máximo vs. AMX Argentina SA s/ Daños y perjuicios”.

(11) El art. 1º de la Ley nacional 25.891 dispone que “La comercialización de servicios de comunicaciones móviles podrá realizarse, únicamente, a través de las empresas

siguiente doctrina legal: “Debe descalificarse como acto jurisdiccional válido la sentencia que se sustenta en afirmaciones dogmáticas o fundamentos solo aparentes, sin arraigo en las concretas cuestiones probadas en la causa”.

### III.3. Costas en procesos de consumo

El beneficio de justicia gratuita (7), establecido en la Ley de Defensa del Consumidor, tiene como objetivo facilitar el acceso a la justicia de los consumidores, y busca equiparar su posición procesal respecto a los proveedores. Existe divergencia en cuanto a si este beneficio se limita a eximir solo el pago de la tasa judicial y otros tributos necesarios para acceder a la jurisdicción (postura restringida), o si también exime al consumidor del pago de las costas impuestas en caso de resultar perdedor en el proceso (postura amplia).

En el fallo analizado, la CSJT fijó su posición a favor de la postura amplia en relación con el beneficio de justicia gratuita en los procesos de consumo. Cabe destacar que esta no es la primera vez que se pronuncia sobre este tema. En fallos anteriores (8), la Corte ya había establecido que la regla general en los procesos de consumo es la eximición de costas para los consumidores.

Al reafirmar esta postura en el caso en cuestión, el Alto tribunal fortaleció el principio de gratuidad en los procesos de consumo y estableció una directriz clara para los jueces inferiores, quienes a la hora de resolver un caso no pueden prescindir de lo establecido en las leyes especiales, ni de las posiciones sustentadas por los máximos tribunales, sin la fundamentación suficiente.

## IV. Cuestión que olvida la Corte en este fallo

### IV.1. El derecho a la protección de los datos de carácter personal y la doctrina de la autodeterminación informativa

La doctrina de la autodeterminación informativa nace en un fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán del año 1983 (9), doctrina que complementa al derecho a la protección de los datos de carácter personal. Y que en el caso que tratamos, el derecho a la autodeterminación informativa de la actora Claudia Melina Tejeda fue violentado en el momento en que la empresa demandada entregó el *chip* de su línea telefónica a un tercero no identificado y le permitió de esta forma que accediera a sus datos y a todas sus relaciones y contactos en el ciberespacio.

Explica la sentencia analizada, en el punto V.2 de sus considerandos, el proceder de las empresas de telefonía que omiten el debido control de la identidad de quienes adquieren las tarjetas SIM para equipos de telefonía celular. Refiere que esta conducta reprochada por la ley fue objeto de estudio y decisión de la Corte, en la sentencia del caso “Cabrera, Heraldó

legalmente autorizadas para ello, quedando prohibida la actividad de revendedores, mayoristas y cualquier otra persona que no revista ese carácter”. En el art. 2 impone un protocolo de actuación: “Las empresas que comercialicen equipos o terminales móviles, deberán registrar y sistematizar los datos personales, filiatorios, domiciliarios, que permitan una clara identificación de los adquirentes. En caso de que los adquirentes sean personas distintas del usuario, o personas jurídicas, u organismos del Estado, se deberá indicar la identificación del usuario final en los términos precedentemente indicados. Estas previsiones se cumplirán aún en aquellos casos en que los equipos se habiliten solo para su uso con créditos provenientes de tarjetas para telefonía celular”.

(12) SIM, es la abreviatura de *Subscriber Identity Module*, que en castellano se traduce como módulo de identidad del suscriptor. Explica la sentencia analizada que la tarjeta SIM es un circuito integrado que tiene *chip* incorporado, en el cual se encuentra la información sobre la línea telefónica y sobre la persona a la que pertenece (identificación del área local, identificación del abonado, número de teléfono, clave de autenticación, etc.). Al entregar una tarjeta SIM se realiza una transferencia de datos personales. La tarjeta

Máximo vs. AMX” (10). En este fallo, la Corte analizó las graves implicancias individuales y sociales de la práctica de entregar el *chip* de la línea telefónica de una persona, a otra no identificada, sin su consentimiento. Esta conducta ilícita facilita la suplantación de identidad y el uso de líneas telefónicas ajenas y de los servicios vinculados para cometer delitos. Recuerda, además, que, con el fin de prevenir delitos y conductas prohibidas por la ley, realizadas con esta práctica, se puso en vigencia durante el año 2004, la ley nacional 25.891 que impone estrictas obligaciones a las empresas del sector (11). Considera el Alto Tribunal, a esta conducta un hecho grave, que permite la concreción del creciente fenómeno de suplantación de identidad mediante la técnica de *SIM Swapping*.

*Obiter dictum*, en el punto V.3.3. de la Sentencia, la Corte menciona las implicancias de la práctica ilegal del *SIM Swapping* en el derecho penal, sin precisar cuáles serían los posibles tipos penales involucrados. Expresa preocupación por el aumento de estafas virtuales en general, y en particular las que se concretan mediante la técnica de *SIM Swapping* o duplicación de la tarjeta SIM (12).

En el punto V.3.4., la resolución judicial explica el *modus operandi* del *SIM Swapping*, al cual describe como una técnica ilícita de duplicación de la tarjeta SIM asociada a una línea de telefonía de titularidad ajena, que se realiza con la finalidad de acceder a la información allí contenida, suplantar la identidad del titular e interactuar a través de sus correos electrónicos, redes sociales, servicios de mensajería instantánea e incluso realizar transacciones de comercio electrónico, o gestiones bancarias.

Aunque nada dice al respecto la sentencia bajo análisis el *SIM Swapping* realizado sin autorización del titular de la línea, es un tratamiento ilícito de datos personales, una cesión de datos personales sin consentimiento del titular a un tercero no autorizado. Esto se encuentra prohibido desde el año 2000 por la ley nacional 25.326, en sus arts. 5º (13), 9º y 11, entre otros. Conducta que también puede encuadrar en los tipos penales de los arts. 117 *bis* o, 157 *bis* del Cód. Penal (incorporados por la ley mencionada en el año 2000) o en la defraudación (art. 173, inc. 16, Cód. Penal, incorporado por la ley nacional 26.388, de delitos informáticos).

Rudolf Von Ihering (14), expresó que *los derechos que no ejercemos agonizan y mueren*. La Corte no hizo ninguna mención a la protección de datos personales, a la doctrina de la autodeterminación informativa, ni a su dimensión normativa internacional, constitucional o infraconstitucional sobre este tema.

Para analizar la doctrina de la autodeterminación informativa (15), debemos comprender que las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones son una consecuencia de la capacidad inventiva, innata en

SIM es transferible entre dispositivos, y la activación de una nueva tarjeta SIM, desactiva la anterior. La activación transfiere la línea telefónica al equipo telefónico nuevo, al que se incorpora la nueva tarjeta SIM. Y a partir de ese momento, en ese equipo se reciben todos los llamados y los mensajes SMS de la línea telefónica.

(13) Textualmente el art. 5º de la mencionada ley nacional 25.326 expresa: “El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo con las circunstancias. El referido consentimiento prestado con otras declaraciones deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el art. 6º de la presente ley”.

(14) IHERING, V. R., “La lucha por el derecho”. Ed. Dykinson. Madrid, 2018. Disponible en Internet: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27845/lucha\\_jhering\\_hd68\\_2018.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27845/lucha_jhering_hd68_2018.pdf).

(15) SALTOR, C., “Derecho a la autodeterminación informativa”. Anuario de la Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán. Anuario 2011, Número I, Año 2013, ISSN: 2314-2804; p. 237.

(4) Con pragmatismo y claridad, el voto preopinante del Vocal de la CSJT Dr. Estofan, en el punto VI de los considerandos expresa que “resulta ilógico pretender que el daño moral sea demostrado de manera directa a través de testimonios de familiares, amigos o conocidos del damnificado (testigos que por lo general se encontrarán excluidos o serán tachados por parcialidad), o bien mediante una pericia psicológica que, luego de una o dos entrevistas, expondrá que la actora refiere sentirse angustiada, sin poder dictaminar con precisión la existencia de una dolencia espiritual ni la causa de la misma. Supuestos como el examinado, por sí mismos, manifiestan su índole ofensiva en el plano del dolor moral, dada su aptitud especial para lesionar los sentimientos y la tranquilidad anímica, cuando no la intimidad, el honor y la integridad moral, lo cual basta para tener por acreditada la existencia del daño moral”.

(5) Punto VI de los considerandos del voto del Vocal Dr. Estofan, en la sentencia que comentamos en este artículo.

(6) *In re ipsa loquitur*: expresión latina que significa que la cosa habla por sí misma.

(7) El beneficio de “Justicia gratuita” se encuentra en el art. 53, último párrafo de la LDC, para las acciones individuales, y en el art. 55, segundo párrafo del mismo texto le-

toda persona que describe con maestría Ortega y Gasset (16). Pero a diferencia de otros inventos, las TIC (17) han supuesto una revolución en el ámbito de los métodos tradicionales para la organización, el registro y el uso de la información. Permiten almacenar, procesar y transmitir grandes volúmenes de datos, muchos de ellos referidos a personas, sin distinción de raza, ideología, religión, nacionalidad, situación social, capacidad económica, etcétera.

La autodeterminación informativa es un derecho fundamental derivado del derecho a la intimidad, que se concreta en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, almacenados en medios informáticos.

El derecho a la autodeterminación informativa se presenta como una evolución del derecho a la intimidad, surgido en 1890 a partir de un artículo firmado por los juristas Warren y Brandeis (18). Su autonomía e independencia radica en la ampliación del bien jurídico protegido, dado que mientras el derecho a la intimidad protegerá, entre otros bienes, a los datos íntimos de una persona, el derecho a la autodeterminación informativa alcanzará a todo tipo de datos personales (19). El concepto de datos personales se encuentra en el art. 2º de la ley nacional 25.326 de Protección de Datos Personales, donde se define como *la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal, determinadas o determinables* (20).

Las TIC permiten interconectar diferentes archivos de datos y extraer de ellos información estrictamente personal trazando un detallado perfil de las personas, que puede ser usado tanto de forma lícita o ilícita. Cuando se usan de manera ilícita, los datos personales se transforman en un instrumento que perjudica a las personas titulares de esos datos, tanto en su intimidad como en su autodeterminación o incluso en su libertad individual.

Esta es la razón de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales y de los límites que pone el sistema jurídico: la protección de las personas en su intimidad y autodeterminación informativa. Esto se observa en el derecho comparado tanto en Europa, como en América, en materia de protección de datos personales.

La importancia de la regulación internacional del derecho a la protección de datos personales radica en el flujo internacional de datos, que no respeta barreras geopolíticas, culturales o idiomáticas.

La información consultada en la materia nos muestra que las constituciones políticas de muchos Estados, consagran derechos y libertades fundamentales para garantizar que cada persona pueda pensar, expresar y obrar

como quiera, siendo la libertad de los otros el único límite de la libertad de cada uno. Por ello, los derechos a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal están considerados como derechos humanos de tercera generación, y se encuentran consagrados y garantizados entre los derechos fundamentales de estas Constituciones vigentes en América y Europa (21).

El derecho a la protección de los datos personales, en tanto especie del género derecho a la intimidad, que en su evolución procura el respeto por la dignidad de las personas y persigue generar las condiciones necesarias para el desarrollo integral de la personalidad en el contexto de la sociedad tecnológicamente desarrollada, protege a todos los datos referidos a una persona, sin considerar si estos son de tipo íntimo o no.

En 1983, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró parcialmente inconstitucional la ley alemana del censo del 4 de marzo de 1982 (22). Esta sentencia señala que la proliferación de centros o bancos de datos permite producir una imagen pormenorizada, que constituye una seria amenaza para la intimidad, la autodeterminación informativa y la dignidad de las personas. A partir de esta sentencia alemana surge un nuevo derecho autónomo del derecho a la intimidad: denominado a partir de ese momento, derecho a la autodeterminación informativa, al cual podemos sintetizar en la siguiente frase: el dueño de mis datos personales soy yo.

Actualmente observamos a la Unión Europea aplicar normas de protección de datos de cuarta generación. El Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, busca dar más protección a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (23). Esta norma europea establece los principios que deben respetar las personas, empresas u organizaciones que traten datos personales relacionados con personas en la Unión Europea (UE) y el Espacio Económico Europeo (EEE). El reglamento tiene como objetivo garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales y facilitar la libre circulación de estos datos dentro del mercado interior.

La Constitución Nacional (CN) incorporó en el año 1994, una nueva garantía y derecho constitucional a la protección de datos personales en el art. 43, tercer párrafo, que la doctrina dio el nombre de hábeas data. Posteriormente, la Provincia de Tucumán incorporó este derecho y garantía en el Código Procesal Constitucional del año 1995 (publicado recién en 1999) con el nombre de “amparo informativo” (art. 67) y más tarde como un recurso de acceso y control de los datos personales den-

pdfs/Sentencia2901.PDF (último ingreso el 12/05/2022). La STC 290/2000 se encuentra disponible en Internet: [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal\\_constitucional/common/pdfs/Sentencia292.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_constitucional/common/pdfs/Sentencia292.pdf) (último ingreso el 12/05/2022).

(20) Ley Nacional 25.326. Establece la Ley Nacional de Protección de Datos Personales. Art. 2º. Disponible en Internet: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/60000-64999/64790/texact.htm> (último ingreso: 12/05/2023).

(21) Argentina incorporó la protección de datos personales a su CN en el art. 43, tercer párrafo, por medio de la reforma constitucional del año 1994. La Const. de la Prov. de Tucumán lo hizo en el art. 39, por medio de la reforma constitucional del año 2006.

(22) TCF alemán, 1983 (Sentencia del Tribunal Cons-

titucional Federal alemán, ref. 1 BvR N° 209/1983); autos “Inconstitucionalidad de la Ley del Censo de 1982). Op. cit. disponible en Internet.

A fines del año 2000, Argentina sanciona y pone en vigencia a la ley nacional 25.326, de protección de datos personales, con el objeto de desarrollar legislativamente la garantía constitucional de protección de datos personales existente en el art. 43 tercer párrafo de la CN.

La ley nacional 25.326 cumplirá en octubre, 23 años de vigencia, y aún no ha logrado gran eficacia en la protección de los datos personales. La creación de un órgano de control dirigido por un funcionario dependiente del poder político ha limitado las buenas intenciones manifestadas por el legislador al momento de su debate parlamentario.

Es necesario exigir a los bancos y bases de datos tanto públicas como privadas, que extremen el cumplimiento de seguridad informática que les exigen las normas vigentes (art. 9º, ley 25.326, entre otras). La legislación debe avanzar en esta dirección, como lo hizo el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (ya mencionado), en su art. 32 (24) sobre normas de seguridad en el tratamiento de datos.

El grado de dominio que posee una sociedad sobre su contorno físico puede medirse por su técnica; sin embargo, esta no es parámetro para medir el crecimiento de una sociedad o civilización, ya que el crecimiento consiste en el progreso hacia la autodeterminación y superación de obstáculos que impiden que las energías de una sociedad den respuesta a los desafíos tanto internos como externos, a veces más espirituales que materiales.

El olvido de la Corte sobre el derecho a la protección de datos personales, en la sentencia que analizamos, nos lleva a recordar el principio *iura novit curia* que ordena a los jueces decir el derecho. Y más en nuestro tiempo, hoy más que nunca, el derecho a la autodeterminación informativa es una necesidad interna de todas las personas que componemos la sociedad y necesitamos vivir en un marco de dignidad, igualdad y libertad, favorable al desarrollo integral de nuestra personalidad.

Fuimos advertidos hace tiempo, en el año 1948, por el escritor George Orwell, quien con su magistral pluma, en su novela futurista titulada *1984*, nos anunciaba una nueva forma de opresión informativa que hoy amenaza a la humanidad, diciéndonos: ¡El Gran Hermano te vigila! (25). La justicia debe protegernos.

## V. Conclusiones

Estamos ante una sentencia digna de estudio, por su contundencia en la consideración de los derechos del consumo, en particular

titucional Federal alemán, ref. 1 BvR N° 209/1983); autos “Inconstitucionalidad de la Ley del Censo de 1982). Op. cit. disponible en Internet.

(23) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Disponible en Internet: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

(24) Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 de 27 de abril de 2016. Art. 32.- 1. Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el respon-

sable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros: a) la seudonimización y el cifrado de datos personales; b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; d) un proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento. Disponible en Internet: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf> (última consulta el 30/05/2023).

Sin embargo, también esta sentencia es digna de estudio por lo que no dice y olvida, sobre un derecho de capital importancia para las personas que vivimos en este tiempo tecnológico, donde la sociedad de la información domina todos los aspectos de la vida cotidiana. En la actualidad, por el propio avance de la sociedad, no solo en el plano tecnológico, sino también en la dimensión social, económica, política o cultural, las personas se movilizan con sus datos personales. Estamos ante datos personales ubicuos, en el sentido de que se puede acceder a ellos desde cualquier lugar, en cualquier horario y desde diversos dispositivos o plataformas digitales. La velocidad en que se manifestaba esta evolución tecnológica se aceleró descontroladamente a partir del aislamiento obligatorio dispuesto en muchos Estados por la pandemia de COVID. En la actualidad nuestra vida cotidiana se gestiona más en forma virtual que presencial (*home banking*, telemedicina, teleeducación, comercio electrónico, redes sociales, reservas de hoteles, adquisición de pasajes de transporte aéreo y terrestre, junto a un largo etcétera).

El concepto de movilidad de datos no tiene que ser comprendido tan solo desde la perspectiva de las transacciones electrónicas a través de redes de comunicaciones. Por el contrario, este concepto debe interpretarse con amplitud, considerando la disminución del tamaño, inversamente proporcional al crecimiento de la capacidad y potencialidad de los dispositivos *Smartphone*. Esto implica que actualmente llevamos todos nuestros datos o los de una organización determinada en el bolsillo, en un teléfono, en un *chip* o en una tarjeta de memoria. Situación que nos interpela a avanzar en la seguridad de los datos desde la perspectiva técnica y jurídica. Y en este punto cobra cada día mayor importancia el derecho a la protección de los datos de carácter personal, y la doctrina de la autodeterminación informativa, como un sensible bien jurídico que el derecho debe proteger. Los datos personales son cada día más, un bien jurídico a preservar y las decisiones judiciales no deben pasar por alto ni olvidar esta cuestión capital de nuestro tiempo.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1300/2023

## Defensa del consumidor

**Compraventa de un vehículo usado. Incumplimiento contractual. Deber de informa-**

**ción. Procedencia del daño moral. Daño punitivo. Condena solidaria al socio gerente. Disidencia.**

1. - El contrato de adhesión con cláusulas pre-dispuestas adjuntado, en el formato que

exhibe, por el tamaño de sus letras en el sector de las condiciones, espacio entre renglones, y su generalidad, hacen de su lectura e interpretación una perceptible dificultad, que no puede ignorarse al momento de fallar; dudas, omisiones y ambi-

valencias que deben ser interpretadas en contra del predisponente. Dicho en términos simples: faltan datos que arrojen certezas al momento de su ejecución por el consumidor (forma de determinación objetiva del precio del vehículo y la aplicación

a las cuotas en el intervalo entre su pago y su uso).

2. - La demandada no se ha ocupado de probar ni al consumidor ni a este tribunal, aspectos importantes de la contratación: la operatividad (cómo funciona en concreto) el sistema que dice regentear, para acreditar la transparencia de su accionar. Existen muchas inconsistencias en el contrato que se dice claro pero, por ejemplo, no expresa de cuántas cuotas constaba el plan de la actora. Era de suma importancia que se declare la forma de arribar al valor del bien que se pretendía adquirir, cuando es conocido que este se ajusta periódicamente, al menos en nuestro territorio nacional. Estas circunstancias, ponen en evidencia que la empresa traída a juicio, especializada y experimentada en este tipo de operatorias, no cumple cabalmente con la obligación del art. 42 de la CN "derecho a una información adecuada y veraz" y 4º de la LDC.
3. - La redacción de las cláusulas de contratación que se examina, atenta contra la precisión de sus condiciones, y compromete las previsiones de los arts. 4º, 10, 37 y 38 de la LDC que pone un piso mínimo para garantizar el derecho constitucional a la información de consumidor. De las circunstancias referidas, puedo concluir que la parte actora efectivamente no entendió la operatoria cabalmente y debe responder de ello su contraparte pues, luego de examinar la prueba aportada a la causa —cartas documento, solicitud de suscripción tipo y recibos no desconocidos— se advierten las omisiones señaladas por el consumidor en punto al precio, forma de pago y destino de las cuotas anticipadas. Debí aclararse también que el anticipo dinerario (indeterminado número de cuotas en el caso) no sería capitalizado o reajustado de ninguna forma (en un país con inflación), de modo

de permitir al consumidor el conocimiento completo de la operatoria, para poder decidir.

4. - De la lectura detallada del contrato y documental arrimada reconocida, se puede concluir que le asiste razón a la parte actora en cuanto a la infracción flagrante al deber de información y protección de sus intereses económicos, al tratarse la demandada de un comerciante profesional (proveedor habitual), solo con un predefinido déficit de buena fe se podría haber obrado de esta manera. Tal conducta, implica por sí misma una violación insoslayable a la obligación de buena fe asumida al contratar, que no tiene cabida en el derecho civil y menos en ámbito consumeril, ya que se encuentra en directa violación a las normas que los imponen (arts. 19 y 42 de la CN y 961 y cs. del CCC) y su derivado principal en la contratación de consumo, esto es, la adecuada y oportuna información clara, precisa y detallada al consumidor conforme prescriben los arts. 4º y 10 de la ley 24.240.
5. - Corresponde condenar solidariamente al socio gerente. Ello es así en tanto, de la lectura de las actas constitutivas de la SRL y su posterior cambio de objeto social, confrontadas con los términos del contrato formulado, a la luz de la normas vigentes de derecho del consumidor, solo pueden estar concebidas con la amplitud y ambigüedad que se advierte, con el solo efecto de obtener un beneficio económico injustificado frente a los desprevenidos consumidores, y no puede ser admitido.
6. - La demandada debe restituir a los actores las sumas de dinero desembolsadas con motivo del negocio frustrado, en tanto la omisión incurrida por la demandada, su importancia y gravedad, determinan su ineficacia por falta de información y buena fe desde el inicio del contrato.

7. - Corresponde indemnizar el daño moral a los actores, pues en el caso se comprobó un largo peregrinar del consumidor, amén del destrato que implica en el proveedor no acudir a la primera y tercer audiencia ante la autoridad administrativa, encontrándose debidamente notificado; así como la omisión deliberada de información importante y la imagen engañosa que asume la empresa. En verdad, estas circunstancias se encuentran acreditadas, y de ellas es posible inferir la turbación que ha provocado en la actora, el recurrir por diversos medios (Salta, Jujuy, en forma particular, por vía administrativa y judicialmente) y en distintas oportunidades, sin obtener una respuesta razonable. De la naturaleza del hecho en cuestión, y la especial consideración que merece el consumidor, estimo que este rubro debe prosperar, estimándolo prudencialmente conforme autoriza el art. 46 del CPC en \$100.000 (1/2 para cada uno de los actores).
8. - El concepto daño punitivo debe ser admitido ya que se advierte, además del incumplimiento del deber de información, la conducta de particular gravedad, que constituye un recaudo indispensable de procedencia de la multa prevista en el art. 52 bis de la ley. Considero que no cualquier ilícito justifica su imposición sino aquellos que son derivación de una conducta grave del proveedor, como por ejemplo cuando se brinda un trato indigno al consumidor (art. 8º bis ley citada), donde puede reconocerse el dolo o culpa grave de su comportamiento, entonces es justificado punir para prevenir hechos similares en el futuro, encausar el accionar de las empresas proveedoras y evitar daños colectivos o prácticas reiteradas.
9. - Del análisis de la demanda promovida y de la prueba ofrecida no se advierte imputación concreta que permita saltar la valla de la personalidad jurídica diferenciada.

En primer lugar, no se probado que la persona jurídica demandada haya sido utilizado en fraude a la ley o como instrumento de frustración de derechos de terceros, con argumentos concretos. En segundo lugar, se ha presentado en autos mediante responde de la demanda pero con fundamentos técnicos y también por el socio gerente demandado. En tercer lugar, tampoco se ha probado la eventual insolvencia económica de la sociedad demandada ni tampoco la carencia de recursos para hacer frente a una eventual sentencia de condena. La sola existencia de 33 denuncias en sede administrativa del consumidor en la provincia de Salta no infiere ninguna de ambas hipótesis y que son propias de una actividad comercial realizada de modo profesional (del voto en disidencia parcial del Dr. Arias Cau).

CC. y C., Jujuy, sala I, 25/11/2022. - Carrazana, Zulema Liliana y Maizares, Humberto c. Norplan SRL y Gutiérrez, Mateo Ariel s/ Acción Emergente de la Ley del Consumidor.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/188584/2022]

#### Costas

Se imponen a la demandada.

#### Intereses

Tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la sentencia hasta el efectivo pago.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laleynext.com.ar/> o en Preview]

## Aspectos procesales de la extensión de condena a directores del ente societario



### Alejandro Bérnago Scarso

MMJ (UA), Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Docente de Derecho Procesal Civil, Cátedra Dr. Jorge A Rojas (UBA).



### Facundo J. Calvelo

Abogado (UBA). Docente de Derecho Procesal Civil, Cátedra Dr. Jorge A Rojas (UBA).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El caso.— III. ¿El deber de información opera en abstracto?— IV. El principio de sustanciación y la extensión de condena al gerente.— V. Conclusión.

#### I. Introducción

Con base en el incumplimiento del deber de información, un reciente fallo de la Sala I, Vocalía I, de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, recepta la pretensión de condena deducida por un consumidor contra una sociedad comercial y, por mayoría, la extiende a su socio gerente (1).

De los argumentos expuestos nos ocuparemos luego, pero, a modo de anticipo, digamos que la extensión es decidida trasvasando el incumplimiento atribuido a la sociedad y sin siquiera individualizar una acción u omisión del director calificable como mal desempeño.

#### II. El caso

Veamos, sucintamente, las notas que lo determinan:

a) Un matrimonio deduce pretensión de resolución de contrato y condena a

reparar los daños contra una sociedad de responsabilidad limitada y su socio gerente.

Cuentan que celebraron un contrato con un representante de la sociedad para la adquisición de un vehículo automotor y suscribieron una serie de formularios predeterminados por el vendedor. Que el precio debía pagarse a través de un anticipo que los habilitaba a exigir la entrega inmediata del producto y una serie de cuotas mensuales hasta su integración.

Expresan que tomaron un crédito y pagaron el anticipo, pero no se les entregó la cosa explicándoles que debían continuar pagando las cuotas.

b) Dada la naturaleza del conflicto, iniciaron un procedimiento en Defensa del Consumidor que finalizó sin acuerdo y derivó en un proceso judicial que tramita —por vía de acción— originariamente ante la Cámara de Apelaciones.

c) Al ser citados para la defensa, los sujetos pasivos reconocen la celebración del

contrato de compraventa adjuntado con la demanda.

Explican que la integración mínima para la adjudicación anticipada era del 50% del precio, que obviamente no fue satisfecha con el anticipo desembolsado por los actores. Y como no se pagó ninguna de las cuotas posteriores, oponen como defensa la excepción de incumplimiento contractual.

d) La sentencia comienza sentando adecuadamente la legitimación de las partes precisando que la relación contractual no está controvertida, al igual que el importe parcial abonado por los actores.

Al circunscribir la cuestión litigiosa establece que mientras los actores alegan un incumplimiento del deber de información en punto al momento en el que podrían acceder al vehículo, los demandados aducen que debían abonarse por lo menos seis cuotas para recién colocarse en condiciones de exteriorizar una oferta sobre el valor del producto.

Luego de valorar la fuente documental, el órgano judicial forma convicción en punto al incumplimiento atribuido a la sociedad comercial y la condena a reintegrar la suma recibida en concepto de anticipo, y a reparar los ítems daño moral y daño punitivo.

Ingresando al tramo final, el voto mayoritario extiende responsabilidad al socio gerente. La decisión se apoya, exclusivamente, en el incumplimiento que tuvo por configurado del ente societario ("Estimo que todas las circunstancias que he referido líneas arriba avalan la aplicación del art. 144 del Cód. Civ. y Com.").

En cambio, la disidencia que conforma el voto minoritario parte del contenido dogmático de los arts. 2º de la Ley General de Sociedades (LGS) y 144 del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.). Tocante a este último, recuerda que debe demostrarse una utilización de la sociedad para la consecución de "fines espurios o no admitidos como lícitos por el ordenamiento jurídico" y corrobora que en el caso "no se advierte imputación concreta que permita

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CCiv. y Com., Sala I, Vocalía I, 25/11/2022, "C., Z. L. y M. c. N. y G., M. A.", TR LALEY AR/JUR/188584/2022.

saltar la valla de la personalidad jurídica diferenciada”.

### III. ¿El deber de información opera en abstracto?

De acuerdo con la reseña que se hace en la sentencia, los actores objetan una falla en la información proporcionada al celebrar el negocio.

Su imputación es muy específica y está ceñida a la oportunidad a partir de la cual podrían acceder a la cosa. Según ellos, se les prometió la entrega contra “el depósito de la cuota extraordinaria”.

Ponemos de resalto esta primera cuestión para observar que la sentencia penetra en el conocimiento de hechos que no habrían sido siquiera introducidos en la demanda.

Peca de incongruente, por caso, al referirse a cuestiones tales como “determinación del precio”, “ambigüedad del precio móvil”, “indeterminación de la plaza (local o extraña jurisdicción)”, “forma de pago”, “destino de las cuotas anticipadas”, “capitalización o reajuste del anticipo”.

Incluso, el error de actividad se proyecta a un estadio previo cuando señala que “el proveedor no informó claramente al consumidor en la etapa *precontractual*”. Si estamos a los antecedentes que reseña la sentencia, ninguno de estos tópicos fue propuesto en la demanda.

Parémonos, ahora sí, en la objeción que plantean los actores y pasemos revista a los elementos de prueba valorados.

Exclusivamente se basa en la fuente documental:

a) La solicitud suscripta por los actores donde consta la descripción de la cosa, el valor a ese momento y se transcribe lo siguiente: la “oferta económica aproximada a realizar desde el 6 anticipo”.

b) Una parcela de lo que sería la cláusula 1 del contrato (punto 1.10) “Integración mínima: es la cantidad de cuotas mensuales que debe cancelar el suscriptor para estar en condiciones de realizar propuesta económica, según indique la empresa. Este requisito no podrá superar las 24 cuotas mensuales y *podrá realizarse desde el 6 anticipo pactado*”.

El destacado nos pertenece, y ha sido colocado para advertir que los datos contenidos en sendos documentos —alrededor de los cuales no hay controversia— no exhibe contradicciones sobre el hecho que conforma el objeto de prueba (recordemos: ¿a partir de

qué momento los compradores podrían hacerse del rodado?).

Es indisputable que la información pudo (y debió) estar mejor dispuesta. Es decir, ser más clara, detallada y comprensible.

¿Alcanza tal deficiencia para fundar una condena?

Pensamos que no, ya que además debe acreditarse una conexión causal entre dicha falta y el daño alegado como fundamento de la indemnización.

Y al propio tiempo, al abordar la excepción de incumplimiento de contrato opuesta por el sujeto pasivo, cabe preguntarse qué relación existe entre esa desinformación (sobre la fecha de entrega anticipada) y la falta de pago de las cuotas posteriores.

Lo que intentamos precisar es que el incumplimiento del deber de información nunca opera en abstracto. Sino que, como bien enseñan Mosset Iturraspe y Piedecasas, genera responsabilidad del proveedor en la medida que guarde conexión causal con un resultado dañoso (2).

### IV. El principio de sustanciación y la extensión de condena al gerente

Como expusimos en el punto II, el voto mayoritario extiende responsabilidad al socio gerente prescindiendo de una argumentación específica para resolver el tópico. De modo liso y llano, trasvasa al director el incumplimiento atribuido al ente societario (“Estimo que todas las circunstancias que he referido líneas arriba avalan la aplicación del art. 144 del Cód. Civ. y Com.”).

En cambio, la disidencia tracciona en la personalidad diferenciada del ente societario (art. 2º) y en la ausencia de una imputación concreta al socio gerente.

Estamos de acuerdo con la postura minoritaria.

Cabe destacar que, en el caso, el Sr. Mateo Ariel Gutiérrez fue demandado en su calidad de socio gerente de Norplan SRL. En principio y dado que no se alude a otra norma a lo largo del decisorio, la actora persiguió la extensión de la condena en los términos del art. 54, párrafo 3º, de la LGS (de similar redacción a la regla contenida en el art. 144 del Cód. Civ. y Com., aplicable a todas las personas jurídicas).

Y pensamos que es acertada la postura minoritaria puesto que es indispensable que en la demanda se explique cuál es la acción u omisión del gerente configurativa de alguna

de las causales que habilitarían extenderle la condena del ente societario.

En líneas generales, el sistema de responsabilidad que establece la ley de sociedades impone la alegación y acreditación de una conducta calificable como mal desempeño [conductas extrañas a la pauta rectora del art. 54 (3)], contraria a la ley o al reglamento, productora de un daño concreto a la sociedad (por dolo, abuso de facultades o culpa grave) o destinada a frustrar derechos de terceros (4).

La omisión es relevante puesto que en la determinación de los hechos rige el deber de sustanciación que impone esa carga como piedra basal del derecho de defensa en juicio (art. 18, CN) (5).

Y en este contexto es importante recordar que el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica fue concebido para hipótesis en que se compruebe una efectiva utilización fraudulenta del ente o para eludir la responsabilidad personal de los sujetos que la integran autorizando el desplazamiento del velo societario. Su naturaleza, de neto corte sancionatorio, tiende a desincentivar el empleo abusivo o desviado de la personalidad jurídica.

Fuera de esas causales, que deben ser apreciadas con criterio restrictivo, rige con plenitud el art. 2º de la LGS en tanto dispone que la sociedad es un sujeto de derecho “con el alcance fijado en esta ley” en la inteligencia de propender a fines beneficiosos para la comunidad en su conjunto. El desarrollo del comercio respetando la competencia del mercado o la consecución de fines organizacionales sin fines de lucro de diversas índoles requieren del instrumento de la personalidad jurídica diferenciada para su materialización.

De lo contrario, cualquier incumplimiento de la sociedad importaría automáticamente la responsabilidad de los socios o controlantes; transformando el factor de atribución (pasaría a ser objetivo) y convirtiendo en regla una situación de excepción.

Este estándar interpretativo es el que sustentan la Corte Suprema de Justicia de la Nación (6) y también la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (7) señalando que la extensión de responsabilidad a socios o controlantes debe abordarse con criterio restrictivo. Es más, los excelsos tribunales, precisan que la sociedad debe haber sido creada en fraude a la ley con el propósito de trasvasar la imputación de actos en interés personal de los socios o controlantes a la personalidad societaria para eludir su responsabilidad individual (8).

Desde nuestra perspectiva, el fallo se aparta de la doctrina legal atribuyendo responsabilidad solidaria al gerente sin siquiera describir cuál sería su conducta irregular y dolosa, ni explicar su vinculación con el daño planteado por los actores.

En concreto:

a) No se alega la ejecución de un acto desviado o que desborde el objeto social, sino todo lo contrario. El contrato que se discute consiste en la venta de un rodado, actividad comercial desarrollada por el ente.

b) No se advierte de qué manera se utilizó la sociedad para frustrar derecho de terceros. El contrapunto pasa por la interpretación del pacto relativo a la fecha de entrega del vehículo.

c) Tampoco se denuncia un acto que exteriorice en un estado de cesación de pagos de la sociedad.

d) Finalmente, a la ausencia de alegación concreta, se suma que no existen pruebas que justifiquen la aplicación del instituto de la inoponibilidad jurídica. Carga que, obviamente, debía cumplir la actora (arts. 309 y 310, Cód. Procesal de Jujuy).

### V. Conclusión

La localización del consumidor entre las categorías de sujetos vulnerables no está discusión. Tampoco su tutela diferenciada en el ámbito del proceso atenuando los estándares de prueba en la reconstrucción de los hechos y observando el criterio interpretativo de la norma más favorable.

Sin embargo, la demanda no inicia la investigación de un letrado, sino que expresa sus conclusiones. No se formulan interrogantes sobre los daños sufridos o los sujetos involucrados, sino que debe predicar su existencia y contener una imputación bien específica a los sujetos pasivos. Los demandados, para ejercer adecuadamente el derecho de defensa, tienen que conocer las razones por las cuales se le exige esa reparación.

La solución del caso, sustentado en el voto de la mayoría, convalida un apartamiento del principio de sustanciación y extiende la condena de la sociedad a un gerente sin siquiera precisar en qué consiste la conducta dolosa que la fundamenta.

Y más allá de que la decisión pueda parecer justa, creemos que el apartamiento de las reglas de debate únicamente socaba la seguridad jurídica que todos deseamos.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1299/2023

JUR/1556/2007.

(8) MANÓVIL, Rafael M., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, La Ley, 2021, TR LALEY AR/DOC/3611/2021.

s/ ordinario”, TR LALEY AR/JUR/49992/2014.

(4) CNApel. Com., Sala A, 26/04/2021, “Fos, Gastón c. Banco Patagonia SA s/ ordinario”, TR LALEY AR/JUR/87848/2021.

(5) PALACIO, Lino E., “Manual de derecho procesal ci-

vil”, Abeledo Perrot, 21ª ed., p. 350.

(6) CSJN, Fallos 326:1062, TR LALEY AR/JUR/37/2003.

(7) SCJBA, 25/04/2007, L. 85.741, “Cortina, Carlos c. Power Tools SACIF y otros. s/ salarios”, TR LALEY AR/

## Actualidad

# Actualidad en Derecho Laboral



## Rodrigo Monasterio Figueroa

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Catamarca. Asesor Legal del Ministerio de Salud de la Provincia de Catamarca. Integrante del Equipo Técnico de la Dirección Provincial de Asistencia Integral a Personas con Discapacidad del Ministerio de Salud. Coordinador de la Comisión de Familia y Discapacidad del Colegio de Abogados de Catamarca.

### I. Despido directo. Injuria Laboral. Causal de despido. Pericia informática. Apreciación de la prueba. Facultades del Juez

La Sala I de la CApel. del Trabajo de la Provincia de Salta, en la causa “Guzmán, Diego

Ismael c. Eco Metan SRL”, Expte. 7652/2019, TR LALEY AR/JUR/188605/2022, revocó la sentencia por la que el *a quo* tuvo por acreditada la causal que llevó al despido directo del trabajador, a quien se imputó haberse apropiado en forma ilegal y clandestinamente de

mercaderías y productos comestibles que se encontraban en la cocina del lugar donde prestaba servicios.

Para así decidir, tuvo presente que queda a cargo del Juzgador la valoración de la

injuria alegada por el empleador, interpretando los hechos, el daño, el contexto en que se produjo, y teniendo en cuenta cuestiones tales como los antecedentes del trabajador y su antigüedad, para concluir en que dado que no se llevó a cabo la prueba

pericial informática ofrecida en subsidio, no se acreditó la autenticidad de las filmaciones adjuntas por la patronal.

## II. Relación laboral. Trabajo no registrado. Indemnización por despido. Notificación del embarazo de la trabajadora

La sala I del TTrab. de la Provincia de Jujuy, en Expte. C-075739/2016, caratulado: “Despido: Rivadeneira, Cintia Elizabeth c. Transporte Futuro SRL”, TR LALEY AR/JUR/18091/2023, hizo lugar a la demanda de la trabajadora quien accionó reclamando indemnización por el cese de una relación laboral que no se encontraba registrada.

Los sentenciantes valoraron el hecho que las tareas prestadas no revestían características de esporádicas como expuso la patronal al contestar demanda, sino que del análisis de la prueba testimonial se acreditó la existencia de la relación laboral en turnos rotativos de 8 horas.

Finalmente, al no haber acreditado la actora que efectivamente puso en conocimiento de la empresa su estado de gravedad, se rechazó el incremento indemnizatorio del art. 178 de la LCT.

## III. Accidente de trabajo. Control de constitucionalidad. Trámite ante la comisión médica. Indemnización

La Sala II del TTrab. de la Provincia de Jujuy, en Expte. C-172197/2021 caratula-

do: “Gutiérrez, Reinaldo c. Provincia ART SA s/enfermedad/accidente de trabajo”, TR LALEY AR/JUR/18092/2023, hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo, en cuanto imponen un trámite administrativo previo y de carácter vinculante, y tuvo por acreditado que las dolencias sufridas por el actor deben calificarse como enfermedad profesional, lo que generó al actor una incapacidad funcional, otorgando la indemnización reclamada.

Para así decidir sostuvo, en consonancia con el criterio sentado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, que el empleador puede ser demandado judicialmente en forma directa ante los tribunales competentes en procura de las prestaciones de la ley 24.557, ello de conformidad con lo dispuesto por su art. 28 primer párrafo, y art. 18 de la CN que consagra el derecho a la jurisdicción natural y el Pacto de San José de Costa Rica, que garantiza el acceso rápido y simple a los jueces.

## IV. Despido directo. Jefe de producción. Responsabilidad del trabajador. Despido por justa causa. Honorarios del perito

La Sala I de la CApel. del Trabajo de la Provincia de Tucumán, en Expte. 835/2011, “Guzmán, Pablo Sebastián c. Viluco SA s/ Cobro de pesos”, TR LALEY AR/JUR/18093/2023, rechazó el recurso de apelación formulado por el actor en contra de la sentencia que desestimó su reclamo indemnizatorio por despido directo.

Para así decidir tuvo en cuenta que el apelante se desempeñaba como Jefe de Producción en una planta de biodiesel, y que el propio actor reconoció en la absolución de posiciones que tenía conocimiento del mal funcionamiento de equipos, y que pese a ello no paralizó la producción, lo que derivó en el acaecimiento de un incendio.

Se razonó que incluso si se hubiera acreditado una falta de verificación y control de los instrumentos de trabajo por parte de la patronal, ello no obsta a la responsabilidad del actor, respecto a que debió informar a sus superiores de los desperfectos de tales equipos, siendo que tenía conocimiento de ello.

Finalmente hizo lugar al recurso del perito, y valoro que al no habersele notificado el decreto mediante el cual se definía el plazo para presentar la pericia, no puede tenerse por extemporáneo su trabajo, debiendo regularse sus honorarios.

## V. Despido del trabajador. Prueba de la relación laboral. Prueba de testigos. Apreciación de la prueba. Tasa de interés. Facultades del Juez

La Sala VI de la CApel. del Trabajo del Centro Judicial Capital de la Provincia de Tucumán, en la causa “Jiménez, Sandra Gabriela c. La Providencia del NOA SRL s/ Cobro de pesos” Expte. 708/2017, TR LALEY AR/JUR/188606/2022, hizo lugar parcialmente al recurso de apelación de la demandada, solamente en lo referente a la Tasa de Interés a aplicar, confirmando en lo demás la Sentencia de grado.

Entendió que el hecho de tener las testigos juicios pendientes en contra de la accionada no excluye como prueba sus declaraciones, sino que solo debe examinarse con mayor cuidado estas, razonando que el art. 465 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Tucumán no contempla entre los testigos excluidos a los que tengan juicio contra una de las partes y que, en la generalidad de los casos, la parte actora acudirá a compañeros que ya dejaron de prestar servicios para el demandado, por cuanto ofrecer como testigos a actuales empleados de la empresa demandada, además de colocar a estos en una situación incómoda, implica un riesgo acerca de si van a poder declarar libres de cualquier tipo de presión.

Asimismo, respecto de la Tasa de Interés a aplicar, entendió que la tasa de interés aplicada en la sentencia, consistente en dos veces la que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos, resultaba excesiva, por cuanto tener en cuenta el índice de precios al consumidor del país, podría implicar una indexación o actualización solapada del crédito, prohibida en forma expresa por el art. 7º de la ley 23.928, entendiendo procedente aplicar la correspondiente a una vez y media la que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, con excepción del incremento indemnizatorio del art. 2º de la ley 25.323 por cuanto esta no integra el crédito del trabajador.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1290/2023

# Última instancia

## Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy

### Caducidad de instancia

En el proceso principal no transcurrió el plazo que implique tener por perimida la instancia, siendo que deben interpretarse con flexibilidad las normas procesales referidas a la perención de instancia, de modo que el plazo transcurrido en las ferias judiciales extraordinarias o cualquier otro período, que por las normas de emergencias sanitarias hubieren estado suspendidos los plazos procesales, no pueden ser computados a los efectos del cómputo para declarar operada la caducidad de instancia.

## ST Jujuy, “Estado Provincial - Tribunal de Cuentas de la Provincia de Jujuy c. Sarapura, Bruno s/ Apremio”, 22/02/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/20067/2023.

### Tasas

La prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que se trate a partir de lo cual cabe dejar en claro que la deuda reclamada principal es una “tasa” —por

servicio y limpieza— que origina una “obligación tributaria”; condición que no se pierde por el solo hecho de que sea cobrada por una empresa privada y tampoco se desnaturaliza por el hecho que el acreedor de esa deuda tributaria haya optado reclamarla por la vía ordinaria de un juicio por cobro de pesos y no por un apremio.

## ST Jujuy, “Limsa Limpieza Urbana SA c. Pérez, Hemeterio s/ Cobro de pesos por servicios/tarjetas de crédito”, 03/03/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/20066/2023.

## Corte de Justicia de la Provincia de Salta

### Mala praxis médica

La acción de daños por mala praxis debe ser concedida. Las sucesivas operaciones realizadas a la actora buscaban paliar cuestiones derivadas de la primera intervención, como detallan los médicos, de allí que la falta de consentimiento sobre la intervención puede proyectarse a lo acontecido con posterioridad a esta. Además, los consentimientos informados posteriores,

se encuentran en blanco con relación a la operación que se llevaría a cabo y tampoco se encuentran debidamente circunstanciados con relación a los antecedentes médicos de aquella.

## CJ Salta, “G., J. del V. c. G., M. V.; J., C. R.; Sanatorio San Roque SA; Federación Patronal de Seguros SA s/ Recurso de inconstitucionalidad”, 28/03/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/44655/2023.

### Responsabilidad del Estado

Surge acreditada la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones, pues el accidente ocurrió en oportunidad en que el actor desempeñaba una actividad de trabajo carcelario ordenado por el Servicio Penitenciario; además, la existencia del daño es cierto, ha sido reconocido por la demandada y surge de numerosa prueba, en particular de los informes médicos.

## CJ Salta, “Salvatierra, Gustavo Ariel c. Provincia de Salta (Servicio Penitenciario. Unidad Carcelaria N° 5) s/ Recurso de apelación”, 14/03/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/44654/2023.

## Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán

### Título hábil

Aun descalificado como título cambiario el documento con base en el cual ha sido despachada la ejecución, debe rechazarse la excepción de inhabilidad de título si el documento contiene la obligación exigible y no condicionada de pagar una suma líquida o liquidable, a cargo del demandado y en favor del accionante, y el demandado no negó la firma que se le atribuye ni opuso defensas que descalifiquen la ejecutividad del título en función del art. 819, inc. 1º del Cód. Proc. Civil de Tucumán.

## CS Tucumán, “G&M Enterprises SAS c. Crego, Pablo s/ Cobro ejecutivo”, 10/02/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/20068/2023.

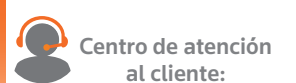
Cita online: TR LALEY AR/DOC/1292/2023

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Érica Rodríguez  
Marlene Slattery

### PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.



0810-266-4444