



COLUMNA DE OPINIÓN

Las empresas concursadas frente a un dilema fiscal

¿LA LEY 27.562 DE MORATORIA O EL RÉGIMEN DE LA RESOLUCIÓN GENERAL 3587/2014?

Eduardo M. Favier Dubois (*)

Hasta el 31 de octubre de 2020, las empresas que se encuentran en concurso preventivo —y también las que se presenten en el futuro hasta esa fecha— enfrentan una particular situación: tienen a su disposición dos sistemas simultáneos y distintos para acogerse a moratorias fiscales de la AFIP: el plan general de la moratoria 2020, contenido en la ley 27.562 (1), y el plan especial para empresas concursadas de la RG 3587/2014 (2).

¿Cuál sistema es el mejor para ellas?

Para buscar una respuesta, nos ha parecido de interés presentar aquí un breve y conceptual panorama comparativo que nos acerque a los contenidos de cada alternativa.

I. Obligaciones comprendidas y efectos patrimoniales y penales

A grandes rasgos, el sistema de moratoria fiscal de la ley 27.562 (en adelante,

CONTINÚA EN PÁGINA 5

Tenemos un estricto protocolo

SOBRE PROTOCOLOS, NORMAS Y COMPORTAMIENTO

Fabián Villamayor (*) y Hugo A. Acciarri (**)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los usos de la palabra “protocolo” y la protocolización de actividades.— III. Protocolos, normas y competencia disciplinar.— IV. ¿Qué protocolizar? ¿Cuánto protocolizar?— V. Conclusiones.

→ La estandarización en general y la protocolización en especial implican una estrategia de transmisión de conocimientos. Seguir automáticamente un curso de acción predefinido, ante ciertas circunstancias, alivia el peso cognitivo de ponernos a estudiar, aprender y decidir en el caso concreto al que nos enfrentamos. Favorece, de modo sencillo, la cooperación. Cuando los seguimos, no aprendemos de nuestra experiencia, sino que empleamos conclusiones científicas y experiencia colectiva cristalizada en términos simples, a los que podemos acceder con facilidad. Nos basta con verificar que se dan las condiciones de aplicación de la regla para actuar.

I. Introducción

A partir de la emergencia sanitaria de 2020, el uso de la palabra “protocolo” desbordó los ámbitos en los que, hasta entonces, se empleaba y pasó rápidamente a integrarse a ese nuevo diccionario coloquial de la pandemia (1).

Hasta entonces, era un término utilizado sectorialmente y para fines específicos. Se usaba, por ejemplo, en sentido técnico no-

tarial, en la medicina, en la investigación científica, en computación, en la industria y en el *compliance* corporativo, en la milicia y en la etiqueta social. Pero durante la crisis sanitaria saltó al lenguaje cotidiano, cuando aquello que era una excepción comenzó a ser la regla: casi cualquier actividad, para ser autorizada, pasó a requerir un protocolo. Adecuarse a un protocolo parece ser la condición para ejercer casi cualquier libertad.

El término ingresó al lenguaje natural con cierta idealización e ingenuidad. No es extraño, consecuentemente, que sea común oír “Tenemos un estricto protocolo” de parte de quienes intentan justificar que su actividad puede llevarse cabo porque no presenta riesgos. Se asume, así, que tener un protocolo lo asegura.

La relevancia pública que ganó plantea varias cuestiones interesantes, válidas tanto para los protocolos relacionados con la emergencia sanitaria cuanto para los empleados en el ámbito corporativo y en otras actividades. Por ejemplo: ¿Cuándo debemos considerar que un protocolo es adecuado? Podríamos admitir que lo es si cumple alguna de las siguientes condiciones:

— si sus previsiones son eficaces para lograr el objetivo técnico que se propone. Si prescribe que se debe realizar una conducta A y esa conducta es eficaz para lograr el objetivo B, sea B “disminuir contagios”, “maximizar la seguridad industrial”, “tomar decisiones corporativas legítimas”, etc., o

— si promueve eficazmente que tales conductas, necesarias para el objetivo deseado,

se cumplan. En el caso anterior, si promueve que se cumpla A. O bien,

— si es eficaz para lograr alguna combinación óptima de ambas posibilidades anteriores.

De decidirnos por esta última, ¿cómo debería determinarse ese óptimo y qué rama del conocimiento o qué especialidad profesional estaría en mejores condiciones de hacerlo? Cuando pensamos en las disposiciones de un protocolo, ¿estamos hablando de reglas técnicas (de las que estudia la medicina, la ingeniería, etc.) o de normas de conducta análogas a las normas jurídicas o, directamente, de normas jurídicas? Luego, ¿qué rol deben tener los juristas prácticos, los operadores del derecho, en el diseño de protocolos?

Además: las desventajas que genere la aplicación de un protocolo en relación con otros objetivos diferentes de los que el protocolo persigue, ¿deben considerarse al diseñarlo o son un problema de otro orden? De ser así, ¿de qué orden?

Solo algunas ideas sobre estas dimensiones nos ocuparán en los párrafos que siguen.

II. Los usos de la palabra “protocolo” y la protocolización de actividades

Como suele ocurrir, el origen de la palabra “protocolo” tiene poco que ver con su uso actual. El término habría pasado del griego al latín tardío en *protocollum* y se habría utilizado para designar a la primera hoja de un

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

Las empresas concursadas frente a un dilema fiscal

¿La ley 27.562 de Moratoria o el régimen de la resolución general 3587/2014?

Eduardo M. Favier Dubois 1

DOCTRINA

Tenemos un estricto protocolo

Sobre protocolos, normas y comportamiento

Fabián Villamayor y Hugo A. Acciarri 1

NOTA A FALLO

Reducción de un niño a servidumbre para forzarlo a trabajar

Una sentencia infrecuente frente a comportamientos frecuentes

Liliana H. Litterio 6

JURISPRUDENCIA

REDUCCIÓN A LA SERVIDUMBRE. Violación a los derechos humanos. Error de prohi-

bición. Rechazo. Incorporación por lectura del testimonio de la víctima. Principio de congruencia (CFCasación Penal)..... 5

JUBILACIÓN POR INVALIDEZ. Requisitos de la ley aplicable. Arbitrariedad de la sentencia que rechaza el beneficio (CS)..... 9

EFFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA. Presentación inicial realizada al solo efecto de interrumpir la prescripción. Revocación de sentencia que intima al presentante a cumplir con las previsiones del art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial. Disdidencia (CNCiv.)..... 10

SERVICIO PÚBLICO DE TAXIS. Planteo de inconstitucionalidad de la norma del GCBA que excluye al heredero colateral de la transmisión de la licencia de taxi del titular fallecido. Rechazo (CNCiv.)..... 11

Tenemos un estricto protocolo

● VIENE DE TAPA

documento con los datos de su autenticación (2).

Recién hacia el siglo XV se habría popularizado como sinónimo de etiqueta o ceremonial (3). De allí, la idea de secuencia detallada de un proceso, de descripción precisa de un conjunto de pasos orientada a una finalidad definida, más cercana a la que nos ocupa, habría pasado al campo de la milicia, la producción industrial y a múltiples actividades. Se trata, en definitiva, del producto de un conjunto de esfuerzos particulares de estandarización.

Parece poco fructífero intentar una historia completa de las iniciativas de estandarización o normalización. Desde los comienzos de la humanidad, ciertos procedimientos se descubrieron como deseables y por eso se transmitieron de formas más o menos sistemáticas y detalladas. Sin necesidad de comprender o explicar las causas, fue suficiente explicar cómo lograr los efectos. Desde la transmisión del lenguaje hasta los quehaceres más sencillos, pasando por la embrionaria medicina, muestran componentes de normalización desde hace mucho tiempo. Y también la producción de bienes y servicios.

II.1. El taylorismo. Protocolos en la industria

Las Revoluciones Industriales constituyen hitos específicos dignos de observación especial. En ese marco, suele hacerse referencia a los denominados *protocolos taylorianos* para denotar estas ideas. Como es muy conocido, durante la llamada Segunda Revolución Industrial de fines del siglo XIX y principios del XX, Frederick W. Taylor diseñó un conjunto de métodos y experimentos científicos que le permitieron formular su teoría destinada a incrementar la eficiencia fabril mediante la división y estandarización de tareas (4). Uno de los experimentos más destacados lo constituyó el *time motion study* (TMS), una técnica de división de las tareas y operaciones en secuencias y procesos de unidades elementales, a las cuales se les asignaba estándares de tiempo.

Las ideas de Taylor dominaron el mundo industrial desde la Primera Guerra Mundial. La producción en serie de automotores por parte de la empresa Ford suele emplearse como ilustración de esas ideas llevadas a la práctica.

En un sentido confluyente, la organización hoy conocida como ISO (International Or-

ganization for Standardization) comenzó su actividad en 1920 como International Federation of the National Standardizing Associations (ISA). Después de la Segunda Guerra Mundial, el recientemente creado Comité de Coordinación de la Estándares de las Naciones Unidas (UNSCC) propuso implementar un nuevo cuerpo de estándares. Finalmente, en octubre de 1946, en Londres, los delegados de 25 países crearon la actual ISO, que comenzó a funcionar oficialmente en febrero de 1947 (5).

La estandarización en general, y los métodos de Taylor en particular, ingresaron de modo directo en la medicina y psicología del trabajo, e influyeron en las prácticas de la clínica médica (6). Señala al respecto Barends (7) que la introducción de la producción en masa por Ford Motor Company constituyó el modelo dominante del *management* organizacional y determinó el comienzo de la nueva era de la medicina. Estas ideas evolucionaron durante la segunda mitad del siglo XX bajo la corriente denominada *medicina basada en evidencia*. Aunque suele indicarse el año 1992 (8) como su punto de partida formal, desde 1960 se venía alertando en trabajos importantes sobre la excesiva e inadecuada diversidad en el ejercicio y práctica de la medicina. La estandarización propuesta intenta ser una reacción a esa dispersión.

II.2. Estandarización y protocolos en medicina

De modo correlativo a la difusión de estas ideas se extendió el uso de directivas clínicas prácticas (la traducción usual, aunque no demasiado literal, de *clinical practice guidelines*), promovidas por las asociaciones médico-profesionales como medio para obtener mejores niveles de eficiencia sanitaria. Estas guías compilan “buenas prácticas”, concebidas como soluciones concretas y efectivas para la mejora del desempeño médico. Su aplicación se extendió, desde entonces, en servicios clínicos hospitalarios.

Si bien en la literatura las guías y los protocolos suelen mencionarse alternativamente, también se efectúan distinciones más precisas. Las *guías de práctica médica* serían conjuntos de enunciados (*statements*) “sistemáticamente desarrollados para asistir al profesional y al paciente acerca de las decisiones de la atención médica”. En cambio, se usa “protocolo” de modo más específico, para referirse al nivel operativo de las actuaciones médicas, a la “secuencia de actividades que se deben desarrollar sobre grupos de pacientes con patologías determinadas en un segmento limitado o acotado del dispositivo asistencial” (9).

Las guías y los protocolos de actuación médica no solo definen estándares técnicos, sino

que constituyen referencias fundamentales para evaluar la conducta profesional (10). Esto mismo se reproduce, con sus peculiaridades, en el *compliance* corporativo.

II.3. Protocolos en el corporate compliance

Desde sus orígenes, el denominado *corporate compliance*, materializado en los programas llamados de “integridad” o “ética e integridad”, asumió el empleo de directivas estandarizadas y protocolos. A partir del hito que constituyó la *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, disparada por el escándalo de los sobornos pagados por Lockheed a funcionarios del gobierno japonés, la estrategia consistió en promover un sistema efectivo de control interno a las corporaciones para evitar su comportamiento corrupto.

En términos modernos, se tiende a pensar que este sistema debería ser instrumental a construir una cultura de cumplimiento normativo que, como tal, en el extremo ideal sería autoejecutable: las personas actuarían siguiendo guías y restricciones internas y no requerirían otros incentivos ni sanciones externas (11). No obstante, el proceso real, dinámico, implicado requiere un número relevante de directivas estandarizadas y protocolos. No se puede concebir un programa de *compliance* sin protocolos y estandarización.

Los requerimientos mínimos exigidos por las *US Sentencing Guidelines* (cap. 8, parte B) para definir la existencia de un programa de *compliance* efectivo prevén literalmente que la organización debe establecer estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal (12).

La ley argentina 27.401, cuando se refiere a la necesidad de contar con un programa de integridad como condición para eludir la responsabilidad penal empresaria, requiere la existencia de “reglas y procedimientos específicos para prevenir la comisión de delitos” (13).

Todo lo expuesto hasta aquí sugiere reflexiones de diversos órdenes acerca de la estandarización y, específicamente, sobre los protocolos. Solo de modo ligero e inicial procuraremos comentar un par de aspectos relevantes. Por un lado, la categorización de sus directivas en cuanto normas. Por otro, algunas cuestiones normativas, en el sentido de vinculadas a su deseabilidad y eficiencia, y eficacia.

III. Protocolos, normas y competencia disciplinaria

No es nuestro propósito aquí indagar sobre la llamada “naturaleza jurídica” de los protocolos. Esa búsqueda, tan popular en la literatura jurídica, suele dividirse en dos pro-

pósitos bastante diferentes. Algunos, sobre la base de algún esencialismo implícito o explícito, asumen que hay algo supraempírico que determina, por ejemplo, que algo sea un contrato o un delito, sea como fuera que se regulen esas instituciones en un ordenamiento jurídico real, y llaman a eso “naturaleza jurídica”. Otros intentan encuadrar la cuestión a describir en categorías conceptuales más generales, que aplican a uno o todos los ordenamientos empíricos.

La primera no parece, hoy, una estrategia defendible. La segunda, en cambio, puede tener gran utilidad. En este sentido, podría discutirse, por ejemplo, si ciertos protocolos, al ser aprobados por el Poder Ejecutivo, adoptan o no la categoría de reglamentos administrativos. Desde el punto de vista penal, los protocolos para prevención de la COVID-19 parecen constituir una parte de la regla que completa normas penales en blanco (14). También si, en el campo laboral, son directivas de los empleadores a sus trabajadores incluidas en su legítimo poder de dirección. O si, en el derecho civil y comercial, se integran y particularizan los deberes de conducta que excluyen la existencia de culpa. Se trata de objetos de investigación interesantes, pero no nos ocuparemos de ellos.

Nuestra intención apunta a un aspecto estructural presente en un gran conjunto de protocolos muy diversos. Si dejamos fuera de consideración a los protocolos notariales, los protocolos en cuanto sistemas informáticos y la etiqueta social, observamos una importante gama de protocolos diseñados con base en objetivos bastante definidos, de un modo común. Cuando se apunta a evitar distorsiones impropias en la decisión de una empresa, es habitual, entre otras medidas, protocolizar el valor máximo de los presentes o atenciones que puedan recibir sus funcionarios. Si se intenta evitar contagios por SARS-CoV-2, se suele, hoy, obligar a usar mascarilla, tapaboca o barbijo para ingresar a un local cerrado. Disposiciones de esa clase suelen integrarse a protocolos.

En ambos ejemplos observamos dos componentes: una acción u omisión (no recibir sobornos camuflados en presentes de uso; restringir la emisión de gotas con carga viral) orientada a una finalidad (evitar distorsiones impropias a la decisión corporativa; minimizar contagios). Concentrémonos en el segundo ejemplo. Podemos suponer que la competencia disciplinaria para diseñar un protocolo así debería ser asignada a la especialidad médica correspondiente. En este caso, la infectología.

No obstante, la cuestión, detrás de su aparente simplicidad, presenta una complejidad especial. Para modelizarla de modo sencillo vamos a seguir a Von Wright (15) en su clasifi-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado UNS, Bahía Blanca. Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA).

(**) Director, Programa de Derecho, Economía y Comportamiento, UNS, Bahía Blanca.

(1) La explosión del interés por el término “protocolo” puede corroborarse, más allá de la intuición, con los datos del principal motor de búsqueda *online*: una referencia cuantitativa ya bastante aceptada en ámbitos académicos (*Google Trends*, 2020, búsqueda del término “protocolo”, recuperado de <https://bit.ly/3hoxnJf>).

(2) Ver el *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE), recuperado de <https://dle.rae.es/protocolo>. Es interesante advertir, como constatación del uso efectivo en tal sentido, que la acepción que nos interesa de la palabra “protocolo” recién aparece incorporada al *Diccionario* de la RAE en su edición de 2001. Al respecto, ver la búsqueda del lema “protocolo” en *Mapa de Dicciones Académicos* (recurso elaborado por el Instituto de Investigación Rafael Lapesa y editado en Madrid por la Real Academia Española, recuperado de <https://bit.ly/34zn9Cm>).

(3) Ver el *Diccionario Merriam-Webster*, recuperado de <https://bit.ly/3lhMuqi>.

(4) Entre otras, en sus obras “Shop management”, 1903, y “The principles of scientific management”, Harper and Brothers, New York, 1911. La directriz tayloriana del *one best way* sintetiza la función del uso de estándares.

(5) Ver “The ISO story”, disponible en <https://www.iso.org/about-us.html#8>.

(6) RODRÍGUEZ OCAÑA, E. - MENÉNDEZ NAVARRO, A., “La medicina del trabajo en la historia”, en GIL FERNÁNDEZ (dir.), *Tratado de medicina del trabajo. Introducción a la salud laboral. Aspectos jurídicos y técnicos*, Elsevier-Masson, Barcelona, 2012, 2ª ed., vol. 1, p. 33.

(7) BARENDT, E., “Learning from other evidence-based practices: The case of medicine”, 2012, recuperado de <https://bit.ly/2QekCVO>.

(8) GUYATT, G. - CAIRNS, J. - CHURCHILL, D. et al., “Evidence-based medicine: A new approach to teaching the practice of medicine”, *JAMA*, 268[17], 1992, ps. 2420-5, PMID 1404801, DOI: 10.1001/jama.268.17.2420.

(9) MARTÍNEZ SAGASTA, C., “Estandarización de

los procesos asistenciales. Calidad en la gestión clínica”, Ministerio de Salud de la Nación, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., p. 12, recuperado de <https://bit.ly/2YrPLTs>.

(10) PERIN, A., “Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8[1], 2019, ps. 3-28, DOI: 10.5354/0719-2584.2019.52560.

(11) El reporte Navex de 2017 informa que, preguntados acerca del propósito del *compliance*, el 59% de los encuestados eligió “*complying with laws and regulations*”, y el 57% (no eran posibilidades mutuamente excluyentes) “*creating a culture of ethics and respect*”. NAVEX GLOBAL, “2017 Ethics & Compliance Training Benchmark Report”, recuperado de <https://bit.ly/3hLPTLb>.

(12) US Sentencing Guidelines (2016), recuperado de <https://bit.ly/3l9cS5J>.

(13) Aunque la distinción entre “estándares” (EE. UU.) y “reglas” (Argentina) podría dar a entender que en esta última la precisión definitoria exigida es más estricta, no es esa la interpretación usual.

(14) Esto es, requiere ser completado por otra dis-

posición —con la dificultad que conlleva identificarla— a la cual remite la norma penal. Por ejemplo, el DNU 677/2020 incluye 32 veces la palabra “protocolo” en singular o plural. Dispone, por caso: “Art. 5º.— Reglas de conducta generales: Durante la vigencia del ‘distanciamiento social, preventivo y obligatorio’ las personas deberán (...) dar estricto cumplimiento a los protocolos de actividades y a las recomendaciones e instrucciones de las autoridades sanitarias provinciales y nacional”. Según noticias periodísticas, a junio de 2020 habría 10.000.000 de imputados —no encontramos un acceso a bases de datos que incluyan todos los casos— (ver nota de *Infobae*, 02/06/2020, disponible en <https://bit.ly/3aXek6t>). Pocos penalistas, no obstante, han manifestado su preocupación por este empleo de normas penales en blanco, que habría llevado a imputar a un cuarto de la población y definir un delito que probablemente haya sido cometido, más allá de la posibilidad empírica de verificación, prácticamente por todos los ciudadanos.

(15) VON WRIGHT, G., “Norma y acción”, trad. de Pedro García Ferrero, Ed. Tecnos, Madrid, 1979. La clasificación de Von Wright ha recibido ciertas críticas sobre

cación de normas principales. En ese marco, en la imposición de usar tapaboca subyace una regla del tipo:

“*Si queremos minimizar contagios (en ciertas condiciones) debe (hay que) usarse mascarilla (en ciertas condiciones) en locales cerrados*”.

Se trataría de una *directriz o regla técnica* (16), en tanto establece los medios a emplear para alcanzar un determinado fin. Esa regla presupone una proposición *anankástica* que, como tal, puede ser verdadera o falsa (puede ser verdadero o falso que esa relación entre mascarilla y prevención se verifique), y debe ser verdadera, en el caso, para que la regla técnica sea eficaz.

Como es claro, la competencia sobre esas cuestiones, en la división social de los conocimientos a la que estamos habituados, será de la infectología y no de la numismática o la heráldica, porque es la infectología la que produce mejores conocimientos al respecto.

No obstante, hay otro aspecto relevante, y no es siquiera demasiado sutil. Usar o no una mascarilla es una conducta que deberán llevar a cabo seres humanos. Desde este punto de vista, las mismas palabras que expresan aquella regla técnica contendrían también una *prescripción*, según la taxonomía de Von Wright: una regla de conducta que sus destinatarios deben cumplir (17). Incumplir la directriz simplemente implica que, en el mundo del ser, no se alcanzará la finalidad prevista, pero la directriz no tiene ninguna obligatoriedad jurídica ni moral por sí misma, es decir, en cuanto directriz. Al contrario, incumplir la prescripción, la regla de conducta que los protocolos nos imponen seguir, será incumplir un deber.

En el caso, la prescripción a cumplir sería:

“*Debe usarse mascarilla para entrar a un local cerrado*”.

La condición de eficacia de la disposición —lo necesario para que funcione, en palabras sencillas— es que cada persona use una mascarilla. El saber infectológico, sin embargo, no tendrá nada que decir sobre cómo hacer que las personas efectivamente lo hagan. La infectología sabe que, si así se hace, disminuirá la probabilidad de contagio, pero no cómo hacer para que las personas reales sigan esa conducta.

El problema, en este aspecto, es bastante evidente (18). ¿Será competencia, entonces,

de los profesionales del derecho? La intuición inmediata es que debería serlo. El obstáculo es que los estudios tradicionales de derecho tampoco se ocupan sistemáticamente de ese aspecto. La formación jurídica tradicional estudia normas, su justificación y hasta la lógica deóntica que subyace en los sistemas, pero no la relación entre normas y conductas efectivas que se vayan a cumplir en el mundo del ser, el de los hechos reales, sus destinatarios. Tampoco transmite conocimientos sobre cómo diseñarlas para alcanzar más o menos efectividad a mayor o menor costo, si entendemos “costo” no únicamente como dinero invertido, sino como esfuerzos de todas las personas implicadas, destinados a lograr el cumplimiento. El campo disciplinar que abarca, de modo amplio, la aproximación del *law & economics*, o más extendida, y recientemente el contenido de *derecho, economía y comportamiento*, procura llenar ese espacio (19).

No es nuestra intención extendernos aquí sobre esa cuestión en general. Lo que nos interesa remarcar es que, a diferencia de otros cuerpos normativos en los que la segunda faz de nuestro pequeño modelo (prescriptiva) parece ser la importante y la primera (directiva) obvia, en los protocolos, por su especificidad técnica, esa consideración acerca de qué es lo relevante pareciera invertirse.

Si pensamos en el delito de homicidio, por ejemplo, podríamos creer que *matar a otra persona* es malo en sí, mientras que *no usar barbijo* lo es solo por sus consecuencias. Lo que sucede, posiblemente, es que no necesitamos conocimientos especializados para advertir y ponderar las consecuencias del homicidio. Conocemos qué se sigue de la acción “matar” (probable sufrimiento previo, dolor de los deudos, incertidumbre de ser una víctima potencial) y no nos gusta vivir en un mundo en el cual esa acción prolifera. Pero para concluir que la proliferación de la acción “no usar barbijo” nos lleva a un estado de cosas indeseable, necesitamos conocimientos especializados.

En el caso del homicidio solemos concentrarnos únicamente en nuestra segunda perspectiva: en la prescripción que lo prohíba y en su sanción, o en otras medidas que lo desalienten o reduzcan. Al contrario, con la cuestión de las mascarillas nos concentramos en la primera: en la directiva o regla técnica, cuyas consecuencias no son obvias. Hasta hace pocos meses, por ejemplo, la OMS/WHO negaba que el uso de mascarillas sirviera para disminuir contagios. Un tiem-

po después, lo aconsejó (20). Era problemático —y requería conocimientos especiales— saber si las consecuencias de usarlas eran o no deseables. Esa dificultad técnica muchas veces suele llevarse toda la atención y hacernos perder de vista la importancia de la instancia prescriptiva. Nos hace pensar que un protocolo es solo un conjunto de directrices, de reglas técnicas, con apenas algunos otros ingredientes muy secundarios.

Sin embargo, como suele decirse, una cadena es tan fuerte como el más débil de sus eslabones. Aquí, las debilidades de uno de los aspectos implicados no pueden mitigarse con mayor solidez, veracidad o comprobación del restante (21). Pero hasta aquí, a pesar de todo, la cuestión parece relativamente sencilla. Cabría pensar que solo se requiere una regla técnica correcta que, a su vez, justifique una prescripción correcta. No obstante, en la realidad, estos dos aspectos no son siempre independientes, ni discretos.

Comencemos por lo último. Una regla técnica puede ligar una conducta con un resultado de modo probabilístico. Hacer alguna cosa puede disminuir o incrementar la probabilidad de una consecuencia más bien que lograrla o frustrarla de modo absoluto. Y no es una excepción, sino lo más frecuente. Usar mascarillas disminuye la probabilidad de contagio en rangos ya bastante estudiados. Y otras conductas, alternativas o conjuntas, también lo hacen. *No salir de casa* podría ser la posibilidad alternativa más visible. Pero esta norma está afectada por los mismos problemas que su alternativa.

Imaginemos un modelo muy sencillo que incluya medidas alternativas imperfectamente sustitutivas entre sí. En nuestro caso hipotético, sabremos (22):

Directriz o regla técnica:

— *La medida A incrementa la probabilidad de evitar contagios en un 99%.*

— *La medida B incrementa la probabilidad de evitar contagios en un 75%.*

Si ambas medidas son mutuamente excluyentes —por la razón que sea, solo puede tomarse una u otra en las circunstancias, pero no ambas a la vez—, pensaríamos que lo adecuado sería incluir la medida A y no la B en nuestro protocolo. No obstante, estas directivas podrían no ser independientes de la prescripción que las exprese. Estimamos ahora estos valores para la prescripción:

Prescripción:

— *La probabilidad de cumplimiento de la prescripción relativa a A es del 60%.*

— *La probabilidad de cumplimiento de la prescripción relativa a B es del 90%.*

De ser tales los valores, así de simples las variables implicadas e inmodificable la relación entre *directiva y prescripción*, sería más efectivo optar por B que por A, aunque no sea B la regla técnica más efectiva y aunque la ciencia diga que lo más efectivo para prevenir contagios es A. Sencillamente, porque $99\% \times 60\% = 59,4\%$, mientras que $75\% \times 90\% = 67,5\%$.

Generalizando ligeramente el ejemplo, se puede afirmar que la mejor directiva no será siempre la mejor prescripción posible y, por eso, no siempre es adecuado protocolizar las mejores reglas técnicas. Esto es tan evidente que parece innecesario todo análisis, pero, paradójicamente, suele soslayarse demasiado. Cuanto más especializada es la cuestión, más encandila el peso de la perspectiva técnica, que suele —aun a profesionales de varias disciplinas— llevar a olvidar otras sencillas relaciones subyacentes.

Todo esto parece demasiado obvio, hasta para modelizarlo y comentarlo detenidamente. Cualquiera puede advertir que esta misma cuestión puede ser la clave del fracaso no solo de muchos protocolos, sino también de reglas como las que integran los planes de acondicionamiento físico o dietarios. El problema que intentamos mostrar, no obstante, no es el descubrimiento del modelo “de juguete” de nuestro ejemplo, sino un sesgo bastante frecuente que aquel ayuda a ilustrar.

Nadie estudia *protocología*. Mucha gente, en cambio, estudia *infectología* o *derecho*. Cuando discutimos en grupos interdisciplinarios, al igual que en otros grupos humanos, tendemos a defender nuestro argumento (23) y somos mejores defendiendo aquello que aprendimos sistemáticamente. El área a la que dedicamos buena parte de nuestra vida es nuestro campo de juego. En discusiones de esta clase, tales campos no se solapan, no entran en contradicción. Mientras los infectólogos podrán estar interesados en defender *el confinamiento sobre las mascarillas* o a la inversa, los juristas tendrán en mente *las penas de multa sobre la prisión condicional* u otras cuestiones; pero nadie tendrá suficiente interés en convencer a la especialidad rival, porque no habrá disputa interesante en la que

{ NOTAS }

las que no nos pronunciaremos porque exceden a su utilidad, a nuestros fines.

(16) La versión inglesa de la obra utiliza el término *directive*. En la traducción castellana referida se usa “directriz”. Utilizaremos este último término, aunque promiscuamente con “directiva”.

(17) Las prescripciones, entidades de deber ser, no tienen valor de verdad, sino funciones deónticas (prohibición, permiso, obligación). El concepto de Searle de “dirección de ajuste” nos sirve para esclarecer el punto. En este sentido, puede decirse que las reglas técnicas nos dicen qué hacer para alcanzar determinado fin, tienen una dirección de ajuste “mundo a palabra”: si nuestro propósito es lograr un cierto estado del mundo, deberemos “ajustarlo” (en este caso, ajustar nuestra conducta) a lo que dicen las palabras. Por el contrario, las proposiciones *anankásticas* —o las formuladas por un científico— tienen una dirección de ajuste “palabras a mundo”, nos informan qué se seguirá de un cierto estado o variación del mundo. En este caso, qué sucederá en el mundo —no qué deba suceder, jurídica o moralmente, aspectos que al virus tendrán muy sin cuidado—, sino qué se espera que suceda, que se siga, de nuestra conducta (ver SEARLE, J., “Una taxonomía de los actos ilocucionarios”, *Teorema*, vol. VI/1, 1976, ps. 45-46).

(18) Y si se lo observa con cuidado, no es tan diferente a lo que ocurre con cualquier proposición normativa de un cuerpo normativo. Solo que aquí la especialización de

la directiva subyacente lo hace más visible.

(19) Se ha tratado el tema, en general, en extenso en otros textos. Es el núcleo duro del tema del libro de ACCIARRI, H. (dir.), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*, SALJ, Buenos Aires, 2019, disponible en forma libre y gratuita en www.bibliotecadigital.gob.ar, recuperado de <https://bit.ly/2QkQLv2>.

(20) Sostenía: “Las mascarillas médicas se deben reservar para los profesionales de la salud. El uso de mascarillas médicas en un entorno comunitario podría crear una falsa sensación de seguridad...”; “...no hay pruebas que fundamenten la utilización generalizada de mascarillas por las personas sanas y, además, este uso puede generar dudas y riesgos importantes...” (OMS, “Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en el contexto de la COVID-19”, 06/04/2020, p. 2, recuperado de <https://bit.ly/2FGRnsD>). Luego: “...la OMS ha actualizado las orientaciones con miras a aconsejar que, para prevenir la transmisión comunitaria de la COVID-19, los gobiernos deberían alentar al público general a que use mascarilla en situaciones y entornos específicos como parte de un enfoque integral para interrumpir la transmisión del SARS-CoV-2...” (OMS, “Recomendaciones sobre el uso de mascarillas en el contexto de la COVID-19”, 05/06/2020, p. 8, recuperado de <https://bit.ly/3IUTkt>).

(21) Podría objetarse que, si la proposición *anankástica* subyacente es verdadera, si efectivamente previe-

nen el contagio, la gente, por su propio interés, en el largo plazo, tendería a usar mascarillas. El punto requiere alguna distinción algo más sutil. La afirmación “ingerir demasiadas calorías hace ganar peso” es verdadera, y su verdad no viene concitando demasiada acción. Conocer que ciertas afirmaciones sobre conductas prosociales, cooperativas o generalmente beneficiosas son seguras y verdaderas promueve que cumplamos, en ciertas condiciones, tales conductas. Pero no se trata de un efecto lógico de la verdad, sino de un conjunto de condiciones empíricas, algunas de las cuales sí la requieren como precondition. El nexo requerido entre esa verdad y la acción requiere, para sintetizarlo, una teoría operativa sobre la conducta. Una misma afirmación verdadera comunicada de una u otra forma tendrá más o menos efectos. La confianza en la institución que comunique, el prestigio social de las personas que lo hagan, el grado de polarización ideológica, el *enforcement* y muchos otros factores serán determinantes para diferentes grados, velocidades y persistencia del acatamiento, más allá de la verdad de la relación que sustente la directiva o regla técnica. Si eso no fuera así, bastaría con una enorme guía de explicaciones para motivar todas las conductas humanas deseables, desde abstenerse de realizar esas conductas que hoy llamamos “delitos” hasta repartir de un modo que consideremos adecuado la riqueza. Lo contrario —que no se requieren— también resulta obviamente falso.

(22) Utilizaremos porcentajes y no valores entre 0 y 1, como es lo usual en probabilidad, para facilitar la comprensión del ejemplo. Por lo mismo, usaremos simples porcentajes y no funciones de distribución.

(23) Dice Alfaro-Águila Real, reseñando en español a SPERBER, D. - MERCIER, H., “The enigma of reason”, Harvard University Press, 2017: “...Razonar es resultado de la socialidad humana (...). Razonar nos sirve para producir y evaluar argumentos. Cuando los producimos, somos muy benevolentes con nosotros mismos (*my side bias* mejor que sesgo de confirmación) y nos damos por satisfechos rápidamente con el producto de nuestra intuición (heurística) pero cuando evaluamos los argumentos de los demás somos muy objetivos y estamos mucho más alerta. Una vez que nos refutan los argumentos que hemos avanzado, nos aplicamos a defender nuestra posición o según los casos, nos sumamos a la posición del que nos refuta. El conocimiento solo surge de la discusión y las soluciones a los problemas sociales —de los que depende la supervivencia individual— solo pueden ser suficientemente buenas si los miembros del grupo discuten. Decenas de experimentos lo demuestran: la tasa de ‘acierto’ en la solución de problemas de los grupos es muy superior a la tasa de aciertos individual. De manera que la evolución ha tenido que hacernos placentera la habilidad de convencer a otros...” (ALFARO-ÁGUILA REAL, J., “¿Por qué nos gusta discutir?”, *Blog Derecho Mercantil*, 2018, recuperado de <https://bit.ly/34CbDWN>).

tomar parte. En tales condiciones, el trabajo interdisciplinario puede tornarse, más que un diálogo de sordos, un diálogo entre personas desinteresadas. En nuestro caso, además, será una conversación en la que nadie tenga el interés necesario para argumentar con demasiado énfasis ni demasiadas armas sobre esa relación, sencilla, entre *directriz* y *prescripción*. Porque nadie estudió sistemáticamente esta última cuestión, nadie la tiene en su bagaje profesional, en su caja de herramientas o, mejor, de armas. Y por eso, precisamente, es un desafío pendiente advertirla, sistematizarla y analizarla, mucho más allá de la pandemia y muy consustancial a la generalidad de los protocolos y a gran cantidad de otros cuerpos normativos.

En este mismo orden de ideas, otro aspecto resulta interesante. Hasta aquí dimos por sentado que la probabilidad de cumplimiento efectivo de la prescripción es fija y única. Sin embargo, usualmente hay algo para hacer. No solo la elección de una u otra directiva es relevante, sino que también lo son, para cada una, la calidad y magnitud de las sanciones, la posibilidad de ejecutarlas (*enforcement*), las palabras que usemos para expresarlas, como así también la difusión y capacitación sobre la norma, en su caso. Y cada decisión sobre cada uno de esos aspectos y otros relevantes estará asociada a diferentes costos. Algunas posibilidades serán favorables en términos de costo-beneficio, y otras, al contrario, prohibitivas en términos de esfuerzos.

Nada de esto será competencia disciplinar de la epidemiología. La formación jurídica tradicional tampoco da demasiado auxilio sobre algunas cuestiones, pero sí sobre otras. Enseña, por ejemplo, qué medidas y sanciones evitar, porque violarían derechos fundamentales. La formación y la práctica también enseñan que no suele ser la misma la efectividad de una sanción de una u otra clase y muchos requisitos y condiciones alternativos disponibles. En síntesis, los juristas prácticos —los llamados “operadores del derecho”— tendrán especialidad tanto para pronunciarse sobre la admisibilidad jurídica de la prescripción que se entienda más eficaz cuanto para contribuir al diseño de los detalles de las prescripciones que vayan a generar unos u otros incentivos (más generalmente, “marcos de decisión”) para cumplir.

Pero su competencia para evaluar tanto la probabilidad de cumplimiento de la mejor prescripción posible desde el punto de vista técnico cuanto la incidencia en dicha probabilidad de los detalles alternativos del diseño (plazos, peculiaridades del *enforcement*, etc.) será fragmentaria. Se trata de ideas que requieren, en general, cuantificación y cierta sistematización de las relaciones implicadas. Exigen conocer que ciertas variables se asocian con otras positivamente y otras, negativamente; poder definir qué conceptos e instrumentos jurídicos contienen unas y otras; discernir qué configuraciones normativas generan marcos que se asocian a un cierto tipo de decisiones, y cuáles, a otros.

Nuestra atención, aquí, apunta a la *interfaz*, a las habilidades que deberían tener los juristas para hablar, efectivamente, un mismo lenguaje e interactuar con otros expertos. No se trata de que ningún profesional

sepa todo, ni de que uno prevalezca sobre competencias ajenas. Y tampoco es admisible que persista esa simulación de diálogo entre interlocutores desinteresados, que se pretende interdisciplinar y no es más que una adición de fragmentos unidisciplinarios y mal encajados. El campo del *derecho, economía y comportamiento*, precisamente, procura el estudio de esa interfaz.

IV. ¿Qué protocolizar? ¿Cuánto protocolizar?

La estandarización en general y la protocolización en especial implican una estrategia de transmisión de conocimientos. Seguir automáticamente un curso de acción predefinido, ante ciertas circunstancias, alivia el peso cognitivo de ponernos a estudiar, aprender y decidir en el caso concreto al que nos enfrentamos. Favorece, de modo sencillo, la cooperación. Cuando los seguimos, no aprendemos de nuestra experiencia, sino que empleamos conclusiones científicas y experiencia colectiva cristalizada en términos simples, a los que podemos acceder con facilidad. Nos basta con verificar que se dan las condiciones de aplicación de la regla para actuar.

Al igual que ocurre con los contratos sujetos a condiciones generales, la protocolización ahorra costos de personal especializado, en tanto y en cuanto reduce las exigencias cognitivas individuales de cada persona que aplique el protocolo. A favor de la protocolización juega otro efecto: cuando decidimos protocolizar algo comenzamos a invertir tiempo en pensar sistemáticamente en el problema. En un sentido confluyente, la diferencia entre pensar, dar nombres y categorizar problemas y no hacerlo suele correlacionarse significativamente con las mejores estrategias para abordarlos (24).

En la práctica de evaluación y manejo de riesgos, la regla, más rudimentaria o refinadamente desarrollada, suele ser conjugar probabilidad o frecuencia de ocurrencia e impacto o magnitud del daño en caso de que se verifique, y estimar el costo y el efecto esperable de mitigación del protocolo. En el caso, para decidir que la protocolización es la estrategia mitigadora, costo-beneficio adecuada, deberían tenerse en cuenta, por un lado, el costo de diseñar, adoptar, comunicar efectivamente, monitorear y actualizar el protocolo; y también, por el otro, los costos decisivos (ahorro de tiempo, costos cognitivos) que ahorra a los destinatarios. Y todavía más: la reiteración de conductas de la misma clase crea hábitos que contribuyen a aquello que suele denominarse *formación de valores o cultura corporativa*, que extienden sus ventajas a la actuación de los agentes en otros ámbitos, diferentes al protocolizado (25). Estos últimos aspectos suelen ser soslayados en el cómputo. Es sencillo diseñar un modelo básico que capte esas ideas, pero mucho más difícil es hallar los valores correctos para el caso individual que nos ocupe.

No obstante, existen *tradeoffs* inevitables más difíciles de advertir y cuantificar. Uno es el desaliento a la innovación de quienes deban seguir los protocolos. Los seres humanos, cuando nos enfrentamos repetidamente a problemas, no encontramos soluciones de una vez y para siempre, sino que buscamos alternativas mejores. Del raspador de peder-

nal pasamos al cuchillo común, al eléctrico y al láser. Una persona que únicamente deba aplicar protocolos ya establecidos, al contrario, verá limitada su posibilidad de ensayo, error y mejora. Los factores que inciden a favor de las áreas corporativas o públicas al momento de decidir la protocolización (empleo de tiempo en definición e interpretación del problema, establecimiento de categorías y denominaciones, etc.) juegan en contra, ya establecido el protocolo, hacia los sujetos que se limiten a aplicarlo. Existen, no obstante, instancias que se pueden implementar para salvar o mitigar este problema, que no serán objeto de estos párrafos.

Una dificultad más seria deriva del exceso de información protocolizada. La ventaja de un protocolo es poder tener a mano, fácilmente, la decisión esperada. Sea por pura memoria, por consulta o por recursos tecnológicos, el procedimiento debe ser relativamente sencillo, rápido y con escasa probabilidad de error. La suma de información protocolizada atenta contra todas esas propiedades. En síntesis, protocolos demasiado largos, demasiado detallados, o demasiados protocolos atentan contra su utilidad. Nuevamente, esto parece obvio, pero basta con revisar un poco la realidad para advertir que es un problema empírico relevante. Los protocolos sirven también como prueba de que alguien hizo su trabajo (personas especializadas en las directrices) y el incentivo para excederse suele ser efectivo.

Lo que los párrafos anteriores procuran sugerir son apenas algunos de los problemas que afectan, por ejemplo, a todo programa de *compliance* corporativo que incluya protocolos y se extiendan a toda política pública que los imponga. También en este campo hay soluciones, como sectorizar destinatarios, emplear redundancias “virtuosas”, especializar la aplicación, sustituir protocolos por tecnología que automatice definitivamente la decisión, etc. Aunque no es posible dar soluciones universales, sí lo es generar directivas que contribuyan a sistematizar, en lo posible, las estrategias del diseño y empleo de protocolos en áreas o programas específicos.

V. Conclusiones

Lo que hoy conocemos como “protocolo”, en la generalidad de sus manifestaciones, es el producto deliberado de tendencias relativamente modernas hacia la estandarización. Se justifican porque constituyen un modo sencillo —barato— de transmitir, a gran escala, información producida por saberes especializados. Apuntan a promover, sobre tales bases, conductas cooperativas para fines valiosos. Evitan el dispendio cognitivo de quienes deben cumplirlos, como así también el costo de sus potenciales decisiones erróneas. Estas características determinaron su difusión en muchos ámbitos particulares (industria y *compliance* corporativo, medicina, investigación científica, milicia, etc.). La pandemia de 2020 extendió su empleo a la generalidad de las actividades y de la población.

Los protocolos conjugan dos aspectos que, en un modelo “de juguete”, denominamos, siguiendo a Von Wright, *directivo* y *prescriptivo*. El primero vincula una cierta conducta efectivamente cumplida con un resultado

valioso. La veracidad y confiabilidad de la afirmación subyacente (del tipo “*si hacemos X entonces obtendremos Y*”) es campo de estudio, usualmente, de alguna disciplina profesional o científica. El segundo, en cambio, es una *prescripción*, de las usuales en el mundo jurídico; una norma de que se dirige a guiar la conducta de sujetos, muchas veces no especializados; un enunciado de deber ser.

Cuando existen directrices (reglas técnicas) alternativas, todas útiles para un mismo objetivo, la más eficaz para la obtención del resultado deseado desde el punto de vista técnico o científico no siempre será la preferible. La probabilidad de que efectivamente se cumpla la conducta implicada (aquella acción humana que debe darse para que se siga el efecto que se pretende) debe tomarse en cuenta. Cuando esa probabilidad sea suficientemente baja, resultará preferible una directiva que sea inferior a otras desde el punto de vista científico, pero que se correlacione con una probabilidad de cumplimiento mayor. Sumar descuidadamente prescripciones, como vimos, tampoco es adecuado. La capacidad cognitiva no es infinita, ni la conducta humana es sencillamente maleable, y tomarlo en cuenta es crucial.

El modelo con que representamos esas relaciones no constituye un objetivo en sí, sino que apenas juega como ilustración para un problema menos visible. Los saberes profesionales adecuados para decidir sobre la *directriz* (regla técnica) no son los mismos que los que se requieren para expresar la *prescripción*. Más aún, en la educación tradicional tampoco existe una disciplina que claramente estudie la relación entre ambas. El *law & economics* o el campo que se encuadra en la aproximación denominada *derecho, economía y comportamiento* procuran llenar ese espacio vacante.

La cuestión de la especialidad incide en un aspecto muy relevante. Aunque se pretenda que existe un grupo interdisciplinario idóneo para diseñar las disposiciones de un protocolo, es demasiado frecuente que, de modo separado, algunos expertos decidan sobre la regla técnica a incluir y otros, sobre el modo de expresar la prescripción que se correlaciona con aquella. Lo usual es que unos no tengan interés suficiente para discutir con los otros. Y, dada la calidad eminentemente técnica de la directiva, que sea esta decisión la que prevalezca incondicionadamente.

El diseño de protocolos y la decisión de adoptarlos imponen desafíos plurales. En este artículo solo esbozamos algunas consideraciones sobre dos de ellos. Por un lado, el problema de decidir qué protocolizar. Es bastante intuitivo pensar que las ventajas de la estandarización se manifiestan cuando se trata de conductas repetitivas, o bien de escasa repetición, pero de alto riesgo en caso de error. Los sistemas de evaluación de riesgos usualmente tienen en consideración la frecuencia de la decisión y la magnitud del impacto de los potenciales errores, a lo cual debería adicionarse el ahorro de costos decisivos (tiempo, costos cognitivos, etc.) de aquellos a quienes se dirige el protocolo y el costo de diseño, monitoreo y actualización del protocolo. La protocolización también conlleva *tradeoffs*, desventajas, que deben

{ NOTAS }

(24) Se encontró, p. ej., que artistas y científicos aclamados en su disciplina invierten más tiempo en la identificación e interpretación de los problemas relevantes que la media en su disciplina. ROSTAN, M., “Problem finding, problem solving and cognitive controls: An empirical investigation of critically acclaimed productivity”, *Creative Research Journal*, vol. 7, nro. 2, 1994, ps. 97-110. En el mismo sentido, que hacen lo propio las personas consideradas expertas en ciencia política, en comparación con otras consideradas novatas: VOSS, J.

J. - WOLFE, C. - LAWRENCE, J. - ENGLE, R., “From representation to decision: An analysis of problem solving in international relations”, Lawrence Erlbaum Associates Inc., NJ, 1991, en STERNBERG, R. J. - FRENSCH, P. A. (eds.), *Complex problem solving: Principles and mechanisms*, 1991, ps. 158-199. Sobre los aspectos más generales de la cuestión, se puede ver REITER-PALMON, R. - ROBINSON, E., “Problem identification and construction: What do we know, what is the future?”, *Psychology of Aesthetics Creativity and the Arts*, 3[1], 2009, ps. 43-47,

DOI: 10.1037/a0014629. La idea de integrar al lenguaje palabras que sinteticen conceptos como *drivers* motivadores de la acción data, al menos, de las investigaciones de Levi, de 1970. Al respecto, WU, K. - DUNNING, D., “Hypocognition: Making sense of the landscape beyond one’s conceptual reach”, *Review of General Psychology*, 2018, <https://doi.org/10.1037/gpr0000126>.

(25) Cabe recordar lo indicado en la nota 11: según los participantes en el relevamiento, para todas las personas implicadas en la actividad real del *compliance*, “*crea-*

ting a culture of ethics and respect” es un objetivo del programa de *compliance* de la misma magnitud que cumplir con la normativa. No obstante, los beneficios de un protocolo para la creación de tales conductas no suelen ser estimados a la hora de decidir o no su adopción. No es posible quizás pretender una estimación precisa, pero sí tener en cuenta, al menos, un *plus* de valor que suele soslayarse.

atenderse y pueden mitigarse empleando algunas estrategias definidas.

Por otro lado, finalmente, cabe investigar cuánto protocolizar. El exceso de protocolización atenta contra su virtud básica: impide escoger, fácilmente, un curso de acción ante un problema. Si es demasiado lo que se protocoliza, el costo (dificultad) de encontrar la solución será creciente. Existen también soluciones para mitigar este problema (redun-

dancia selectiva, tecnología, subcategorización de destinatarios, etc.).

En ambos casos y en todos, los detalles son dependientes de estructuras peculiares de la organización o del universo de destinatarios, el conjunto de problemas y las circunstancias reales, que disparan costos de transacción. Todos ellos y el universo completo de costos y beneficios de la protocolización exceden aquellos fácilmente visibles y sencillamente

cuantificables según los sistemas de evaluación de riesgos estándar. Estas condiciones hacen inconveniente, por una parte, la adopción irreflexiva de soluciones “enlatadas”; y, por otra, aconsejan el conocimiento de los marcos teóricos adecuados para enfrentar la tarea, más allá de la intuición y la mera decisión voluntarista.

Cita on line: AR/DOC/2961/2020

MÁS INFORMACIÓN

Acciarri, Hugo A., “Estar vivo y el costo de demostrarlo”, LA LEY 11/05/2020, 1, AR/DOC/1454/2020; “Derecho y análisis del comportamiento”, SJA 05/02/2020, 3, JA 2020-I, AR/DOC/3607/2019; “De análisis económico del derecho a derecho, economía y comportamiento. Por qué renovar (y ampliar) la denominación”, LA LEY, 2018-C, 1272, AR/DOC/577/2018

COLUMNA DE OPINIÓN

Las empresas concursadas frente a un dilema fiscal

VIENE DE TAPA

“opción A”) parece mejor que el sistema de la RG 3587 (en adelante, “opción B”), si se tiene en cuenta que la opción A incluye la posibilidad de refinanciar toda clase de obligaciones fiscales, previsionales y aduaneras, así como refinanciar planes de pago caducos e incluso planes vigentes —que pueden reformularse—, lo que incluye empresas con concurso ya homologado que ya están con el plan de la RG 3587/2014 o con uno anterior.

Nada de ello contempla la opción B, que está limitada a ciertos impuestos y no incluye deudas previsionales.

También se observa que la opción A dispone una importante reducción de intereses resarcitorios y punitivos y la condonación de multas y sanciones, lo que no existe en la opción B.

Finalmente, cabe agregar que el solo acogimiento a la opción A suspende las acciones penales tributarias y aduaneras en curso y que la cancelación total de las cuotas de la moratoria extingue la acción penal. Nada de ello ocurre en la opción B.

Sin embargo, analizando las disposiciones particulares de cada sistema de refinanciación, se advierte que no puede darse una respuesta general, sino que la mejor opción dependerá de cada caso.

II. Sujetos

La ley 27.562 alcanza a todas las personas humanas y jurídicas responsables de tributos

y de recursos de la seguridad social, pero distingue entre MiPymes y grandes empresas. La RG 3587 no hace esa distinción.

II.1. Exclusión por activos en exterior

La opción A excluye a las grandes empresas que posean activos en el exterior y no los repatrien en los 60 días, en subsanación que también deben hacer sus socios con el 30%. Nada de eso dispone la opción B, que aparece como la mejor en el punto.

II.2. Exclusión por delitos

La opción A es la mejor ya que solo excluye a los condenados con sentencia firme por ciertos delitos y a personas jurídicas con integrantes condenados.

En cambio, en la opción B, la exclusión no requiere condena firme, sino que basta con estar imputado penalmente por los delitos de las leyes 22.415, 23.771 o 24.769 o por delitos comunes vinculados con el incumplimiento de obligaciones impositivas, seguridad social o aduaneras, con auto de elevación a juicio (3).

III. Anticipos, cuotas y tasas de interés

En la ley 27.562 se establece que a las empresas concursadas podrá exigirse un anticipo según determine la reglamentación.

La tasa de interés es del 2% mensual durante los primeros 6 meses y luego rige la tasa Badlar.

Se prevé para los “pequeños contribuyentes” un máximo de 60 cuotas para deudas de la seguridad social y de 120 cuotas para las restantes obligaciones.

Por su parte, para los “grandes contribuyentes”, se establecen 48 cuotas para deudas correspondientes a la seguridad social y 96 para las restantes obligaciones.

En cambio, en la opción B no hay anticipos, la tasa es del 2,03% mensual durante todo el

tiempo de la refinanciación y puede hacerse hasta en 96 cuotas.

Como se ve, en estos aspectos habrá que tener en cuenta la envergadura de la empresa, la composición de las deudas, y comparar el mayor o menor valor presente de la deuda refinanciada —que depende de la tasa de interés aplicable y de la tasa de descuento— con la posibilidad de soportar el sacrificio de caja resultante de los eventuales anticipos, modificaciones de tasas y cantidad de cuotas.

IV. Restricciones

La ley 27.562 establece una serie de restricciones para las grandes empresas por 24 meses bajo sanción de caducidad (no distribuir dividendos, no realizar ciertas operaciones en el Mercado Único y Libre de Cambios —MULC— para pagos al exterior y no vender títulos valores con liquidación en moneda extranjera) y una restricción tanto para empresas grandes como para chicas, incluyendo a sus socios con el 30% (la transferencia al exterior o compra en el exterior de activos financieros).

Ninguna de esas restricciones contempla la opción B.

V. Garantías

En la RG 3587 existe la opción legal a favor de la AFIP de pedir o no garantías, exigencia que no se contempla en la ley 27.562.

VI. Fecha de devengamiento de las obligaciones

Otro aspecto a considerar es la fecha de devengamiento de las obligaciones tributarias que se pueden regularizar. En la ley 27.562 pueden regularizarse todas las obligaciones devengadas hasta el 31/07/2020 y en la RG 3587 todas las obligaciones anteriores a la fecha de presentación en concurso.

De ello resulta que, según cuál sea la fecha de presentación en concurso (antes o después del 31 de julio), podrá haber períodos excluidos de la opción A (los preconcursales pero

posteriores al 31 de julio) que necesariamente deberían ir a la opción B, y períodos que no se pueden incluir en la opción B, pero que sí pueden incluirse en la opción A (los posconcursales, pero anteriores al 31/07/2020).

VII. Conclusiones

En orden a lo señalado precedentemente, formulamos las siguientes propuestas para resolver el dilema:

— En términos generales, para el contribuyente en concurso preventivo aparece como mejor opción ingresar a la moratoria fiscal prevista por la ley 27.562, antes que a la regulada por la RG 3587/2014.

— En particular, sin embargo, corresponderá tener en cuenta la situación de cada caso ponderando los siguientes factores: a) naturaleza de sus obligaciones tributarias pendientes; b) composición en capital, intereses y multas; c) existencia de activos en el exterior, o de causas penales; d) envergadura de la empresa (Mipyme o grande); e) situación financiera de caja al momento de ejercer la opción y la proyectada durante el plazo de pago de las cuotas; f) impactos posibles de las restricciones en materia de dividendos y operaciones prohibidas; y g) posibilidad o no de brindar garantías.

— En algunos casos no existirá la opción por elegir uno u otro plan, sea por configurarse algún impedimento objetivo para entrar en alguno de ellos (v.gr., sujetos excluidos), o sea porque se trata de una empresa con concurso ya homologado que ya está cumpliendo con el plan de la RG 3587 y que ahora puede optar por refinanciarse, pero solo por la opción A.

— En otros casos, es posible que, por la fecha de presentación en concurso y/o por la fecha de devengamiento de las obligaciones tributarias —antes o después del 31/07/2020—, el contribuyente en concurso deba incorporarse simultáneamente a los dos planes de moratorias para cubrir diferentes períodos.

Es que, como se anticipó, no puede darse una respuesta general de si es mejor la ley 27.562 o la RG 3587 para la refinanciación de las deudas fiscales de las concursadas, sino que la respuesta dependerá de analizar las circunstancias de cada empresa.

Cita online: AR/DOC/2960/2020

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (*) Doctor en Derecho y profesor titular en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la UBA.
 (1) BO 26/08/2020. Ver del autor, “Situación de las sociedades ante la moratoria fiscal 2020 (ley 27.562)”,

Erreius, 28/08/2020.
 (2) Reformada por RG 3857/2016.
 (3) El art. 1º de la RG 3857/2016 contempla también a los “denunciados penalmente por la AFIP” por los delitos referidos, pero no los excluye del régimen, sino

que los somete a una opción especial muy rigurosa, consistente en solo 12 cuotas y con una tasa del 2,93% mensual.

NOTA A FALLO

Reducción a la servidumbre

Violación a los derechos humanos. Error de prohibición. Rechazo. Incorporación por lectura del testimonio de la víctima. Principio de congruencia.

Véase en página 6, Nota a Fallo

- 1.- La reducción a servidumbre constituye una grave violación a los derechos humanos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2.- No se trata en el caso de condiciones precarias de trabajo y vivienda ni se limitó el reproche a la existencia de trabajo infantil, sino que se tuvo por probado que la víctima era sometida a privación de liber-

tad ambulatoria, escasez de alimentación y maltrato físico que dejó secuelas visibles en su cuerpo, todo ello para forzarlo a trabajar en condiciones paupérrimas, durante jornadas extensas y sin descanso suficiente.

- 3.- Aun si hubiera sido posible ubicar el paradero de la víctima del delito de reducción a la servidumbre, su convocatoria para participar en el juicio habría repre-

sentado peligro y revictimización; más si la defensa no demostró afectación alguna a sus derechos. [1]

- 4.- Los elementos típicos de la reducción a la servidumbre fueron materia de investigación y acusación durante todo el proceso, así como objeto de debate y prueba en el juicio. De tal suerte, no se observa la introducción sorpresiva de elemento alguno que pudiera haber

impedido a la defensa el ejercicio de sus facultades.

CFCasación Penal, sala II, 19/02/2020. - G. F., I. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/1037/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “G. L., J.”, 07/06/2011, Fallos: 334:725, cita online: AR/JUR/27544/2011, sostuvo que en casos en que la víctima se encuentra en situación de riesgo y vulnerabilidad, la ausencia de oportunidad para interrogarla no puede fundar la anulación de una condena, si existen pruebas independientes que permitan dar sustento a la acusación.

Buenos Aires, febrero 19 de 2019.

El doctor *Slokar* dijo:

- I -

1º) Que por decisión de fecha 11 de mayo de 2018, el Tribunal Oral en lo Criminal Fe-

deral nº 1 de Córdoba, con composición unipersonal, resolvió: “I.-) Condenar a I. G. F., [...] como autor responsable del delito de reducción a la servidumbre a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales con costas (art. 29 inc. 3, 45 y 140 del CP; arts. 403 y 531 del CPPN)” (fs. 383 vta.).

Contra esa sentencia, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 414/420), que fue formalmente concedido (fs. 422/vta.) y mantenido (fs. 435).

2º) Que, en su escrito recursivo, la defensa invocó motivos previstos en el inciso 2º del art. 456 del rito.

En primer término, sostuvo que: “La sentencia condenatoria ha violado el principio de congruencia, derecho de defensa y debido proceso legal...” (fs. 416 vta.). Al respecto memoró que el fiscal calificó alternativamente el suceso como trata de persona o como reducción a la servidumbre, a pesar de que el delito previsto en el art. 140 CP no formaba parte del requerimiento de elevación a juicio y estimó que se configuró una ampliación de la acusación que: “...debería haberse encausado conforme lo establece el artículo 381 del CPPN. Es decir, durante el debate, pre-

vio al cierre del desarrollo de la prueba, se le deberían haber reformulado los hechos al imputado. El presidente del Tribunal debería haber intimado al acusado, permitiéndole declarar al respecto, ofrecer prueba y diligenciarla; todo ello a los efectos de satisfacer una garantía básica: el derecho de defensa...” (ibídem).

En ese orden, adujo que el cambio de calificación: “...ha tenido incidencia en la inmutabilidad de los hechos que formaron parte de la acusación con la cual se abrió el debate, y sobre cuya base se lleva a cabo el ejercicio de defensa en su doble aspecto, material y técnico [...] toda vez que el delito de reducción a la servidumbre por el cual fue condenado [...] tiene [...] elementos fácticos adicionales respecto de la trata de personas por explotación laboral...” (fs. 417) y especificó que: “...Mientras que la trata de personas supone la captación, transporte, recepción o retención de un sujeto con la finalidad de explotarlo [...] la conducta típica en el delito de reducción a la servidumbre trata justamente de someter a un sujeto a una situación de servidumbre o esclavitud, donde el dominio del mismo sobre sus acciones queda anulada por el autor y se impide su libre desenvolvimiento” (ibídem). Afirmó que el

delito de reducción a la servidumbre: “...requiere una defensa [...] orientada a probar la libertad de acción del sujeto o la situación de este en comparación con el mismo imputado u otros trabajadores del cortadero de ladrillos...” (ibídem). Al respecto, relevó que las condiciones de habitabilidad del domicilio de su pupilo resultaban inadecuadas, al igual que la del denunciante.

En segundo término, se agravó por la ausencia del damnificado durante el juicio, a fin de prestar testimonio. Sindicó que existieron inconsistencias en su relato, por lo que debería ser esencial la oportunidad de interrogarlo durante la etapa oral.

Sobre ello sostuvo que: “...Se presenta como un testigo [...] clave [habida cuenta que] la plataforma fáctica de los hechos de captación, retención y sometimiento había sido fijada por este [...] al momento del debate los hechos podrían haber resultado diferentes, el sometimiento podría haberse relativizado, se podría haber aclarado la cuestión de si E. C. percibía remuneración o no, si podía retirarse del cortadero...” (fs. 419/vta.).

3º) Que durante el término de oficina se presentó el representante del Ministerio Pú-

Reducción de un niño a servidumbre para forzarlo a trabajar

UNA SENTENCIA INFRECUENTE FRENTE A COMPORTAMIENTOS FRECUENTES

Liliana H. Litterio (*)

SUMARIO: I. ¿Por qué se habla de niños “vulnerables”? — II. Los hechos aberrantes. — III. El derecho aplicable. — IV. Alguna reflexión de cara a los niños vulnerados.

I. ¿Por qué se habla de niños “vulnerables”?

La época en que se produjeron los hechos que provocaron la condena del explotador de un niño víctima de trabajo servil forzoso fue anterior a la recientemente comunicada ratificación universal del Convenio núm. 182 de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999).

De hecho, el pronunciamiento de la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal es del 20 de febrero de 2020 [1] y esa ratificación por parte de todos los Estados Miembro de la OIT, que significó un hito en la historia de la organización internacional, se hizo pública el 4 de agosto del mismo año. Sin embargo, invariablemente una cosa tiene que ver con la otra, aunque la sentencia no haga mención de ello.

Es que en este caso un niño, que podría ser cualquier niño vulnerado (y no “vulnerable” como tantas veces, tantas personas y organizaciones, incluso el fallo en comentario, así lo denominan) en sus derechos humanos más elementales, fue víctima de un delito encuadrado en los arts. 45 y 140 del Cód. Penal de la Nación y esa conducta delictiva al mismo tiempo se enmarca en las peores formas de trabajo infantil en los términos del art. 3º del Convenio de referencia.

A continuación intentaremos detenernos en el caso penalmente resuelto que suscita nuestra atención; y lo haremos, tanto a la luz de los hechos como de las normas nacionales e internacionales en juego. Al final, formularemos alguna reflexión.

II. Los hechos aberrantes

Corresponde aclarar de entrada que, por decisión del 11 de mayo de 2018, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Córdoba condenó a quien consideró autor responsable del delito de reducción a la servidumbre a la pena de *cuatro años de prisión*, accesorias legales y costas (arts. 29, inc. 3º, 45 y 140 del Cód. Penal). Contra esa sentencia, la defensa interpuso recurso de casación, que fue formalmente concedido y de cuya resolución aquí nos ocupamos en los aspectos que interesan a nuestro foco de atención: la explotación de un niño.

Los hechos relatados en el pronunciamiento de la Cámara de Casación, en verdad, parten el alma. Cuesta imaginar cómo un niño de 10 años pudo ser tan espantosamente vulnerado en forma permanente durante siete años.

La sentencia observa que el requerimiento de elevación a juicio describió el hecho atribuido al responsable, a quien se acusó de

haber captado y transportado desde la República de Bolivia hasta la Argentina —en fecha que no se pudo determinar—, utilizando medios engañosos, a una persona menor de edad trasladada y acogida en el cortadero de ladrillos de su propiedad, con el propósito de someterla a explotación laboral agravada por el uso de amenazas y violencia, aprovechándose de su situación de extrema “vulnerabilidad” y sometiéndolo a servidumbre.

Se agrega que al niño que por entonces tenía aproximadamente 10 años, se le asignó como lugar de habitación una pieza de paredes de ladrillo picado con barro y techo de nylon, sin cocina, ni baño, ni medio de calefacción alguno.

El trabajo desarrollado por la víctima durante todos los años en que transcurrió en ese lugar, hasta el mes de junio de 2014 aproximadamente, consistió en cortar ladrillos, cargarlos en camiones, y demás tareas inherentes a esa actividad.

Comenzaba su jornada laboral a las 05:00 de la mañana hasta las 12:00 horas en que comía la única comida diaria que le proporcionaba. Luego nuevamente cortaba ladrillos hasta las 19:00 horas más o menos, y después de eso tenía que apilarlos, prolongándose su jornada laboral hasta las 24:00 horas aproximadamente.

Jamás le fue abonado sueldo alguno. Se vestía con ropa que recibía de caridad y se hallaba privado de su libertad ambulatoria.

Y, como si todo lo narrado fuera poco, fue obligado al trabajo mediante amenazas y gol-

pes realizados con elementos tales como palos, hierros o tirándole piedras en la cabeza, y pese a haber estado enfermo en algunas oportunidades, no contó con atención médica alguna y fue obligado a trabajar aun en esas condiciones.

En el proceso se advierte que la víctima contaba con 17 años aproximadamente al momento de la denuncia y había sido reducido a servidumbre mediante violencia y amenazas desde los 10 años.

La reducción a servidumbre, tal como aparece comprobada en el suceso y destaca el pronunciamiento, constituye una grave violación a los derechos humanos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Está a la vista que fueron por lo menos siete años (según afirma la sentencia) de calvario para un niño indefenso que por ser considerado “vulnerable” fue absolutamente vulnerado en todos sus derechos.

III. El derecho aplicable

A propósito de la sentencia en comentario, es oportuno traer a colación las previsiones del Convenio núm. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, cuya “ratificación universal”, entendida esta como la ratificación por parte de los 187 Estados Miembros de la organización, se produjo poco tiempo después de la aparición de aquel pronunciamiento. Aclaremos que el último Estado en ratificarlo fue el Reino de Tonga.

El Convenio núm. 182 precisa que todo Miembro que lo ratifique, y la Argentina es

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora de la Maestría en Derecho del Trabajo (UBA). Profesora de las Especializaciones en Derecho de Trabajo y en Derecho de Familia de

la UBA y de la UCA. Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Carrera de Grado de la UBA. Investigadora en materia de trabajo infantil y adolescente. Ex integrante de la Subcomisión de Derechos y Legislación que elaboró el anteproyecto de ley

modificadorio de la Ley de Contrato de Trabajo y de algunos estatutos especiales que se convirtió en la ley 26.390

[1] CFed. Casación Penal, Sala II, 19/02/2020, “G. F., I. s/ recurso de casación”, DPyC, 2020 (julio), 95, con nota de BIANCHI, Luciano, “Reducción a la servidumbre:

subsunción jurídica de los hechos”, DPyC 2020 (julio), 08/07/2020, 100; cita online: AR/DOC/946/2020. Agradezco a la profesora Bujía, María Fernanda por haberme facilitado el contacto con el fallo atento a que el tema despierta su interés.

blico Fiscal (fs. 437/444 vta.) y solicitó el rechazo del recurso.

En la misma oportunidad, se presentó la defensa (fs. 445/449) y planteó un nuevo agravio. Sostuvo que el suceso ocurrió en fecha incierta, por lo que no debió aplicarse el art. 140 CP en su versión modificada por la ley n° 26.842. Asimismo, sostuvo que: "...se debería haber absuelto a mi asistido incluso del delito previsto en el art. 140 del CP. Ello por cuanto, compartía la jornada con E.C. y su hermano y otros primos que laboraban en el predio, siendo que todos tenían como viviendas casas precarias con techo de nylon —incluyendo a mi asistido—. Y compartían un único baño que estaba en el exterior y mi asistido también tenía que calentar agua para bañarse, a la vez que repartía semanalmente a cada uno el jornal conforme lo que se recaudaba [...]. En ese contexto si mi asistido incumplió normas laborales o de seguridad e higiene laboral es dable sostener que era por error de prohibición invencible" (fs. 447 vta.).

Finalmente, solicitó que se exima a su parte del pago de las costas.

4º) Que a fs. 454 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista por el

art. 468 del CPPN. En esas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

- II -

Que el recurso de casación es formalmente admisible. Está dirigido por la defensa del imputado contra la sentencia de condena, la presentación satisface las exigencias de interposición (art. 463 del CPPN) y de admisibilidad (art. 444), y se han invocado agravios fundados en la inobservancia de la ley procesal y sustantiva (art. 456 del rito).

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (cfr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed

vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

- III -

Que, en primer término, cabe abordar el planteo en orden a la nulidad de la sentencia impugnada, vinculado al principio de congruencia. Sobre ello, se debe recordar que aquella regla es una consecuencia del derecho de defensa y, por tanto, su invocación como motivo de una nulidad debe estar ligada a una concreta afectación de aquel derecho.

Así, se ha dicho que: "La base de la interpretación [del principio de congruencia] está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa, todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente)" (Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996 p. 568).

uno de ellos, debe adoptar *medidas inmediatas y eficaces* para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con *carácter de urgencia* (art. 1º).

En sus términos, la expresión "*peores formas de trabajo infantil*", entre otras, abarca todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas, como la venta y tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armado (art. 3º, inc. a).

Esta es, como ha señalado el Director General de la OIT, una de las "*formas incuestionablemente peores*", es decir, una de las peores formas de trabajo infantil "*incondicionales*", fundamentalmente opuestas a los Derechos Humanos básicos del niño, que quedan absolutamente prohibidas para todas las personas menores de 18 años.

Por nuestra parte observamos que esa "peor forma" de explotación indicada, al mismo tiempo engloba conductas delictivas contra la libertad individual, castigadas por el Código Penal de la Nación y la ley 26.364 de Trata, modificada por su similar, la ley 26.842.

Por otro lado, la organización internacional destaca que, en el inc. d) del art. 3º, el Convenio refiere los "*trabajos peligrosos tal como deben definirse las legislaciones nacionales*", que pueden ser realizados en sectores legítimos de la actividad económica, pero son dañinos para el niño trabajador (2).

Entonces, queda en manos de cada país, de acuerdo con sus circunstancias particulares, la determinación de los trabajos peligrosos. En nuestro país eso se hizo a través del dec. 1117/2016, que enumera los *trabajos peligrosos* para las personas menores de 18 años.

Comprende una extensa enumeración inclusiva de los trabajos que, entre muchos

otros, impliquen la manipulación de elementos cortantes, punzantes, atrapantes, tritantes y lacerantes tales como maquinaria, equipos y herramientas peligrosas y los trabajos, actividades, ocupaciones y tareas que conlleven la manipulación, el transporte manual de cargas pesadas y cargas ligeras manipuladas en forma continua (inc. 3º); los organizados en jornadas y horarios que sobrepasen los legalmente establecidos y los trabajos nocturnos, teniendo presente para ello que ninguna extensión horaria debe interferir en su desarrollo integral (inc. 7º); y los que no cuenten con la autorización expedida por la autoridad administrativa laboral de la jurisdicción correspondiente o con la debida registración laboral de acuerdo a la normativa vigente (inc. 23).

No está de más mencionar que el art. 148 bis del Cód. Penal, castiga con prisión de uno a cuatro años al que *aprovechare económicamente* el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave (3).

En este caso el hecho importa un delito "gravísimo". Y los tribunales que intervinieron lo resolvieron por aplicación del art. 140 del Cód. Penal que, como veremos, autoriza la imposición de una pena de prisión superior a cuatro años.

En efecto, el Tribunal de Casación rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia anterior que condenó al imputado como autor responsable del delito de reducción a la servidumbre a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales, sin costas (arts. 29, inc. 3º, 45 y 140 del Cód. Penal).

Recordamos que el art. 140 del Cód. Penal, en su redacción conferida por la ley 26.842 (BO 27/12/2012), establece que será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modali-

dad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

De acuerdo con el tribunal de Casación, durante el juicio se tuvieron por probados todos los extremos de la imputación, pero se estimó que no correspondía la aplicación del delito de trata de personas, debido a que el transporte con fines de explotación podría haber ocurrido antes de la vigencia de la ley 26.364, modificada más tarde por su similar 26.842.

La sentencia señaló que los elementos típicos de la *reducción a la servidumbre* sí fueron materia de investigación y acusación durante todo el proceso, como también objeto de debate y prueba en el juicio. Y reconoció que el de *reducción a la servidumbre* es un *delito permanente*, que en el caso cesó en 2014, cuando la víctima logró escapar a su país de origen.

Puede advertirse que la pena de prisión de cuatro años impuesta es la menor que podía aplicársele al imputado dentro de la escala prevista para la graduación de la pena por el mencionado art. 140.

Eso, a pesar de los hechos aberrantes cometidos por el imputado contra una persona menor que, sin duda alguna, comprometieron el resto de su vida, aunque en algún momento logró escapar de la tortura que le fuera impuesta a lo largo de 18 horas diarias aproximadamente, durante siete años, a la manera de una larga pena inmerecida. De hecho, mucho más prolongada que la del autor considerado penalmente responsable de esa situación.

IV. Alguna reflexión de cara a los niños vulnerados

La que tratamos en este artículo no es la primera sentencia que "se asoma" a la trata,

En ese orden, se observa que el requerimiento de elevación a juicio describió el hecho atribuido: "A I. G. F., se lo acusa de haber captado y transportado desde la República de Bolivia hasta la Argentina, en fecha que no ha podido determinarse, pero hace unos siete años atrás, utilizando medios engañosos al menor de edad E.C., siendo trasladado y acogido en el cortadero de ladrillos de su propiedad [...] con el propósito de someterlo a explotación laboral agravada por el uso de amenazas, violencia, aprovechándose de su situación de extrema vulnerabilidad, sometiendo a servidumbre" y se agregó que: "...le fue asignado al menor E.C. —que por entonces tenía aproximadamente 10 años— como lugar de habitación un[a] pieza de paredes de ladrillo picado con barro y techo de nylon, sin cocina, ni baño, ni contando con medio de calefacción alguno, que el trabajo desarrollado por el menor durante todos los años en que transcurrió en ese lugar, —hasta el mes de junio de 2014 aproximadamente— consistió en cortar ladrillos, cargarlos en camiones, y demás tareas inherentes a esa actividad, para lo cual comenzaba su jornada laboral a las 05:00 de la mañana hasta las 12:00 horas en que comía la única comida diaria que le proporcionaban y luego nuevamente cortaba ladrillos hasta las 19:00 hs. más o menos, y

la servidumbre y la explotación laboral forzosa y esperamos que no sea la última. Pero no sabemos si otras sentencias han encarado el tema de la explotación laboral infantil en las condiciones infrahumanas relatadas con la misma valentía (sin perjuicio de la pena aplicada).

Tal como el pronunciamiento revela: "el presente no es un supuesto de condiciones precarias de trabajo y vivienda, ni se limitó el reproche a la existencia de trabajo infantil, sino que se tuvo por probado que E. C. era sometido a privación de libertad ambulatoria, escasez de alimentación y maltrato físico que dejó secuelas visibles en su cuerpo, todo ello para forzarlo a trabajar en condiciones paupérrimas, durante jornadas extensas y sin descanso suficiente. Resulta indudable, por tanto, que la ilicitud de su conducta no era desconocida por el incuso G. F.º".

Claramente, es inaceptable que, aunque solo fuese un individuo, viole las normas protectoras y un niño "aparezca" explotado, o peor todavía, permanezca "tapado" por el explotador, que puede ser "cualquiera", incluso un familiar cercano.

En 2015, los Estados Miembros de las Naciones Unidas asumieron el compromiso de ejecutar *de inmediato medidas eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil* (incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados) y, *a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas* (meta 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (4).

Sabemos que la Asamblea General de dicha organización en 2019 declaró al 2021 como Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil (5). Esta medida parece orientada a incentivar el cumplimiento del objetivo anteriormente planteado.

{ NOTAS }

(2) Conforme OIT, Informe del Director General, *Un futuro sin trabajo infantil, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª reunión, 2002, Informe I (B), p. 11.

(3) Aclaremos que la norma introduce dos excepciones a la aplicación de la pena con las cuales nos permitimos disentir. Al respecto puede verse, LITTERIO, Lilia H., "La penalización limitada del trabajo infantil", DT, LXXIII, junio 2013, 1574.

(4) Resolución de la Asamblea General de las Naciones

Unidas del 25 de septiembre de 2015, titulada "*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*", en la que adoptó un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y metas universales y transformadoras, entre los que se encuentra el mencionado.

(5) Esta Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas es del 18/07/2019 y reafirma el compromiso de los Estados Miembros asumido en oportunidad de adoptarse la medida del 25 de septiembre de 2015 mencionada en la nota anterior. Al mismo tiempo, reconoce la importancia de los Convenios núm. 138, sobre edad mí-

luego de ello tenía que apilarlos, prolongándose su jornada laboral hasta las 24:00 horas aproximadamente. Que [...] jamás le fue abonado sueldo alguno, y fue obligado al trabajo mediante amenazas y golpes realizados con elementos tales como palos, hierros o tirarle piedras en la cabeza [...] que pese a haber estado enfermo en algunas oportunidades, no contó con atención médica alguna, y fue obligado a trabajar aun en esas condiciones, que se vestía con ropa que de caridad recibía y se hallaba privado de su libertad ambulatoria...” (fs. 269/vta.).

Durante el juicio se tuvieron por probados todos los extremos de la imputación, mas se estimó que no correspondía la aplicación del delito de trata de personas debido a que el transporte con fines de explotación podría haber ocurrido antes de la vigencia de la ley n° 26.364. Si bien el titular de la acción solicitó la condena por trata de personas, requirió, alternativamente, que se sancione al encarado por el delito previsto en el art. 140 CP, sobre idéntica base fáctica.

En efecto, los elementos típicos de la reducción a la servidumbre fueron materia de investigación y acusación durante todo el proceso, por lo que fueron objeto de debate y prueba en el juicio.

De tal suerte, no se observa la introducción sorpresiva de elemento alguno que pudiera haber impedido a la defensa el ejercicio de sus facultades.

Al respecto, la asistencia técnica sostiene que podría haber evocado las precarias condiciones de vida de su pupilo y que aquel laboraba también en la ladrillera. Sin embargo, de la lectura de la sentencia se advierte que tales extremos fueron invocados y ponderados por el *a quo*, mas no en la forma pretendida por la defensa.

Según se observa, el tribunal tuvo en cuenta tales elementos a fin de morigerar la sanción. Asimismo, a partir de los testimonios e informes producidos se conoció que si bien la vivienda de I. G. F. presentaba condiciones de habitabilidad inadecuadas, aquella poseía mayores comodidades, tales como elementos

electrónicos para esparcimiento y cocina. A más de ello, el encartado contaba con vehículos, todo lo cual marcaba una diferencia sustancial en sus condiciones de vida. Tales circunstancias fueron discutidas en el juicio, por lo que no se advierte la denunciada merma en el derecho de defensa.

Por ello, cabe concluir que la recurrente no invoca ni se advierte en forma evidente afectación alguna a los derechos de su parte en el *sub examine*. Por tal motivo, no resulta de recibo la pretensión nulificante, toda vez que no se advierte agravio alguno por la condena en orden a un delito de menor gravedad, sobre la base de idéntica atribución fáctica.

Al respecto, corresponde memorar la inveterada jurisprudencia de este tribunal en punto a que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma (Cfr. Causa N° 5184. Caratulada: “Carrasco, Claudio A. y otros s/ casación”, reg. N° 7063, rta. el 26/10/2004; causa 5379, caratulada: “Magarzo, Walter y otra s/ recurso de casación”, reg. N° 7423, rta. 14/03/2005; causa N° 5257, caratulada: “Barrionuevo, Marta A. s/ recurso de casación”, reg. N° 6992, rta. 04/10/2004; causa N° 11.141, caratulada: “Gómez, Gustavo A. s/ recurso de casación”, reg. N° 19.885, rta. 26/04/2012, entre tantas otras).

Ello así, toda vez que no cabe la declaración de nulidad sin que medie perjuicio para alguna de las partes y en exclusivo beneficio formal de la ley (cfr. Fallos: 295:961; 298:312, entre otros).

Por tal motivo, propongo al acuerdo rechazar la nulidad planteada.

- IV -

Que, de otra banda, el recurrente se agravia por la incorporación por lectura del testimonio cargoso del damnificado por afectar al derecho que asiste al imputado a interrogar a los testigos, con invocación del precedente “Benítez” del máximo tribunal nacional (Fallos: 329:5556). Sostuvo que, más allá de la legalidad de aquella incorporación, una sentencia condenatoria no puede constituirse de manera exclusiva o preponderante sobre la

base de pruebas que no fueron percibidas directamente por los jueces.

Sobre ello, a partir del relevamiento de las constancias causídicas, se observa que el letrado particular de I. G. F. se presentó durante la instrucción con posterioridad a la producción del testimonio de E. C. que fuera incorporado por lectura y ofreció pruebas. En particular, solicitó la citación de diversos testigos, mas no requirió la reiteración del relato de E. C., a fin de poder interrogarlo (fs. 68/69). Asimismo, se dictó auto de procesamiento (209/219), que no fue recurrido. Finalmente, la defensa no se opuso a la elevación a juicio (fs. 274).

Asimismo, en la oportunidad del art. 354 del rito, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó el testimonio de E. C., quien, según sostuvo, se encontraba institucionalizado en la Residencia Juvenil Bell Ville (fs. 285), en tanto que la defensa omitió ofrecer elementos probatorios.

En consecuencia, el tribunal citó a E. C. como testigo (fs. 299) para la realización del debate el 31 de octubre de 2016. El damnificado fue notificado, se presentó ante el órgano judicial y brindó la dirección de su nuevo domicilio, como también su número telefónico. Aquella audiencia fue postergada dos veces y con fecha 27 de julio de 2017 E. C. manifestó su voluntad de regresar a Bolivia (fs. 318). Luego, en ocasión de las diligencias a fin de realizar la audiencia de juicio, se informó que ya no se contaba con información acerca del paradero de la víctima (fs. 352). En consecuencia, se decidió incorporar por lectura las declaraciones de E. C., sin que se registre objeción alguna de parte de la defensa.

En tales condiciones, el presente no remite a un caso en el que no se haya ofrecido a la defensa —según se pretende— la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo de cargo y, de tal manera, que se le haya privado a la parte de esa oportunidad. En efecto, de acuerdo a las circunstancias marcadas en los párrafos anteriores, desde el momento mismo en que quedó legitimado pasivamente en estas actuaciones, el impu-

tado y su asistencia técnica tuvieron oportunidad de confrontar la versión del damnificado.

En este sentido, el derecho a la interrogación de los testigos de cargo se presenta como renunciable, de modo que no es admisible la censura en punto a que la falta de audición del testigo en juicio lesiona el derecho de defensa cuando la misma asistencia técnica ha omitido los medios para ejercerlo, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo (vid. en tal sentido, ver, *mutatis mutandi*, TEDH, petición N° 34.209/96, “S. N. c. Suecia”, sentencia sobre el fondo, 2 de julio de 2002, §§ 49 y 50; Comisión Europea de Derechos Humanos petición N° 16.696/90, “Baegen c. Países Bajos”, informe de 20 de octubre de 1994, § 78, también esta Sala en Causa N° 8660 “Rubisse, César A. s/ recurso de casación”, reg. 19.968, rta. 23/05/2012; causa N° 8017, “Sánchez Silveira, Antonio G. s/ recurso de casación”, rta. 26/09/2012, reg. N° 20.483; Causa N° 13.286, “Díaz, Ángel A. s/ recurso de casación”, reg. N° 20.355, rta. 24/08/2012; Causa N° 8580, “López, Jorge H. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, reg. N° 20.765, rta. 01/11/2012).

En consecuencia, se advierte que se procedió conforme lo previsto en el art. 391 del ceremonial, habida cuenta que el damnificado ya no se encontraba en el país y no se logró hallarlo. A más de ello, cabe memorar que durante el proceso se determinó que E. C. contaba con 17 años aproximadamente al momento de la denuncia y había sido reducido a servidumbre mediante violencia y amenazas desde que contaba con 10 años. También se relevó que aquel residió durante un período con J. C., quien lo rescató, lo asistió y lo acompañó para realizar la denuncia que dio origen a la pesquisa. Durante aquel tiempo, J. C. denunció en múltiples oportunidades haber recibido amenazas provenientes del número telefónico utilizado por I. G. F. y también de parte de su abogado defensor. Fue en ese contexto que E. C. decidió abandonar el país.

Así, resulta evidente que, aun si hubiera sido posible ubicar el paradero de E. C., su convocatoria para participar en el juicio ha-

Al mismo tiempo, en un Informe escrito conjuntamente por autores de la OIT, la OCDE, la OIM y el UNICEF (bajo los auspicios de la Alianza 8.7 sobre Cadenas de Suministro) se acentúa que el cumplimiento de los enunciados compromisos presentes en los Objetivos de Desarrollo Sostenible para acabar con el trabajo infantil, el trabajo forzoso y la trata de personas requiere que los gobiernos, las empresas, el sector financiero y la sociedad civil tomen medidas firmes para abordar las causas profundas y los determinantes de estas violaciones de los derechos humanos (6).

Sin embargo, acá estamos hoy, frente a un niño “descubierto” mientras era una víctima servil de explotación laboral en condiciones inhumanas. Y ¿qué se hace en la Argentina con los niños que permanecen “tapados” en la misma situación en cualquier lugar recóndito del país, ahora mismo, mientras los lectores están leyendo este artículo?

¿Por qué no empezar por generar herramientas para el *trabajo genuino* (y no otra

cosa) de los adultos de las familias más necesitadas (esto incluye a los adolescentes, respetando las condiciones de regularidad laboral), así como la *escolaridad* gratuita y verdaderamente obligatoria?

¿Por qué no instrumentar en todas partes *talleres y escuelas de oficio* que no discriminen a ningún adolescente mientras tenga la posibilidad de asistir en el futuro a las universidades públicas que funcionan para todos?

¿Por qué no destinar parte del *presupuesto nacional y de los presupuestos locales*, en forma controlada, para inspeccionar seriamente el trabajo infantil en todos lados (fincas, campos, ladrilleras, talleres, etc.) y poder actuar en consecuencia?

¿Por qué no pensar, entonces, en *revertir la realidad*, pero observándola detenidamente, para saber qué es lo que hace falta modificar en cada distrito y en cada localidad, en lugar de recaer en proyectos ambiciosos difícilmente cumplibles en determinados países, precisamente, en el nuestro?

Como ya lo hemos manifestado en otras oportunidades, la pandemia causada por el COVID-19 exacerbará la explotación infantil en los países latinoamericanos. No dudamos al respecto; porque tampoco lo hacen las organizaciones internacionales que están atentas a los niños (OIT; UNICEF; CEPAL). Pensamos que, de tal modo, por lo menos unas cuantas de esas naciones se verán seriamente afectadas por las consecuencias peligrosas de la pandemia sanitaria, la pandemia económica, la pandemia educativa, la pandemia de pobreza y, consecuentemente, de la *pandemia de trabajo infantil*. Una de ellas es la nuestra.

Dijimos al principio de este artículo que el niño vulnerado en sus derechos puede ser “cualquiera”. Sí, por supuesto; y ninguno de nosotros querríamos que fuese el nuestro. Por eso, debemos ponerles rostro a esos niños vulnerados que no son intercambiables, sino individualidades; cada uno es una persona que tiene sus propios derechos, como “cualquiera”. Y, sobre todo, el derecho a jugar y aprender. No se los “arrebateemos”; eso no es justo.

{ NOTAS }

nima, 1973 y núm. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999; y de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en nuestro país tiene jerarquía constitucional.

(6) *Erradicar el trabajo infantil, el trabajo forzoso y*

la trata de personas en las cadenas mundiales de suministro: Organización Internacional del Trabajo, Organización para la cooperación económica y el desarrollo, Organización Internacional para las Migraciones y Fondo de

las Naciones Unidas para la Infancia, 2019. disponible en: https://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_716932/lang-es/index.htm, fecha de consulta: 5/08/2020.

Cita on line: AR/DOC/3078/2020

bría representado peligro y revictimización. En ese orden, cabe memorar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Gallo López”, lleva dicho que en casos en que la víctima se encuentra en situación de riesgo y vulnerabilidad, la ausencia de oportunidad para interrogarla no puede fundar la anulación de una condena, si existen pruebas independientes que permitan dar sustento a la acusación (Fallos: 334:725, también este tribunal en causa n° FGR 81000828/2012/CFC1, caratulada: “Justino, Horacio A. y otra s/ recurso de casación”, reg. n° 23/17, rta. 13/02/2017, entre otras).

De otro lado, y *ad abundantia*, se advierte que la defensa no demuestra afectación alguna a sus derechos por la incorporación por lectura de aquel testimonio. Al respecto, se limitó a sostener que lo habría interrogado acerca de inconsistencias de sus dichos, sin especificarlas. A más de ello, el impugnante omite reparar en que la condena no se fundó exclusivamente en el testimonio de la víctima.

En efecto, el tribunal presenció múltiples relatos en los que se dio cuenta de a las condiciones de vida y labor de E. C. Fue a partir de tales referencias que surgió un contrapunto entre los testigos que aún residían y trabajaban con el encartado, quienes fueron remisos a responder respecto de si E. C. percibía remuneración y sobre la extensión de las jornadas de trabajo. A ello se sumó que relativizaron algunos dichos de E. C. acerca del grado de violencia al que era sometido.

Sin embargo, el tribunal llegó a la certeza sobre los extremos de imputación por haber contado con informes de la entidad que asistió a E. C., informes médicos que daban cuenta de sus lesiones y otros testimonios que corroboraban en lo sustancial lo denunciado por E.

C., como también la comprobación acerca, del lugar en que residía el denunciante.

Tales consideraciones permiten afirmar que si bien los dichos del damnificado, incorporados por lectura, aportaron información de relevancia, el tribunal recibió en forma directa la mayor parte de los elementos de convicción que fueron valorados.

En ese orden, y dado que gran parte de la prueba fue producida frente a *a quo*, solamente procedería declarar la nulidad reclamada por la defensa en los casos en que se demuestre que la ausencia del testigo cuya declaración se incorporó por lectura haya producido una concreta afectación al derecho de defensa.

Sobre ello, se releva que el recurrente no ha expresado las preguntas que se vio privado de formular o los cuestionamientos que se encontró impedido de plantear (cfr. esta Sala en la causa N° 11.229, caratulada: “Pompey, Omar A. s/ recurso de casación”, reg. n° 710/13, rta. 06/06/2013).

Por tales motivos, propongo al acuerdo el rechazo del recurso en lo que respecta a este motivo de agravio.

- V -

Que durante el término de oficina, la defensa planteó que no debió aplicarse el artículo 140 CP en su versión modificada por la ley N° 26.842 (BO 27/12/2012). Más allá de la ausencia de fundamentación del planteo, cabe señalar que se trata de un delito permanente, que cesó en 2014 cuando E. C. logró escapar (cfr. D’Alessio, Andrés J. (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.), “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, 2ª ed., LA LEY, 2011, p. 348).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una hipótesis axiológicamente afín, sostuvo que: “por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación [...] si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable” sin infracción al principio de legalidad contenido en el art. 9 CADH (cfr. Corte IDH, “Tiu Tojín c. Guatemala”, sentencia de 26/11/2008, párr. 87).

Tales consideraciones resultan aplicables al presente, habida cuenta de que la reducción a servidumbre, tal como aparece comprobada en el suceso, constituye una grave violación a los derechos humanos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, lleva dicho el tribunal regional que: “...la prohibición a no ser sometido a esclavitud juega un papel fundamental en la Convención Americana, por representar una de las violaciones más fundamentales de la dignidad de la persona humana y, concomitantemente, de varios derechos de la Convención” (Corte IDH, caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20/10/2016, párr. 317).

Ad finem, planteó la defensa en esta instancia la existencia de un error de prohibición. El argumento carece de fundamentación adecuada y resulta tardía, toda vez que el desconocimiento de la ley nunca fue materia de debate. No obstante ello, cabe memorar que el presente no es un supuesto de condiciones precarias de trabajo y vivienda, ni se limitó el reproche a la existencia de trabajo infantil, sino que se tuvo por probado que E.C. era sometido a privación de libertad ambulatoria, escasez de alimentación y maltrato físico que dejó secuelas

visibles en su cuerpo, todo ello para forzarlo a trabajar en condiciones paupérrimas, durante jornadas extensas y sin descanso suficiente. Resulta indudable, por tanto, que la ilicitud de su conducta no era desconocida por el incuso G. F.

En definitiva, por las razones expuestas, propongo al acuerdo el rechazo *in totum* del recurso, sin costas (arts. 470, 471, 530 y ceds. CPPN).

Así voto.

La doctora *Ledesma* dijo:

En las particulares circunstancias del caso, adhiero a la solución propuesta por el doctor *Slokar*.

Tal es mi voto.

El doctor *Yacobucci* dijo:

Por coincidir sustancialmente con los fundamentos y solución propiciada por el colega que lidera el Acuerdo, doctor *Alejandro W. Slokar*, en cuanto propone rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de I. G. F., pero deberá ser con costas (arts. 470 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN).

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación, el Tribunal resuelve: Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de I. G. F., sin costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530 y ceds. CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Angela E. Ledesma*. — *Guillermo J. Yacobucci*. — *Alejandro W. Slokar*.



JURISPRUDENCIA

Jubilación por invalidez

Requisitos de la ley aplicable. Arbitrariedad de la sentencia que rechaza el beneficio.

1.- La alzada, al rechazar la demanda dirigida a obtener el beneficio de jubilación por invalidez, pasó por alto que al momento en que se produjo el hecho generador del beneficio —contingencia laboral ocurrida en noviembre de 1993— el actor se encontraba en actividad, aportaba al sistema de la ley 18.037 y la autoridad competente le había determinado más del 66% de incapacidad. De tal manera, la cuestión referente a que el titular no cumplía con la regularidad de aportes, en el caso no resulta relevante, pues al, ser de aplicación la ley 18.037, el art. 33 de este estatuto exigía a efectos de obtener el beneficio que la incapacidad se produjera durante la relación de trabajo y el art. 43 requería, como principio general, que el afiliado reuniera los requisitos necesarios estando en actividad; condiciones que el actor cumplió al momento en que dichas normas aún se encontraban vigentes.

2.- Considerando las particulares circunstancias del caso, que fue iniciado en sede administrativa hace más de veinticuatro años, y a fin de evitar mayores dilaciones, corresponde que en uso de las facultades conferidas por el art. 16, segundo párrafo de la ley 48, la Corte Suprema reconozca el derecho del actor a acceder a la jubilación por invalidez bajo el régimen de la ley 18.037, que regía al momento de pro-

ducirse el hecho generador del beneficio, pues el juez debe decir el derecho de conformidad con la atribución *iura curia novit*.

CS, 03/09/2020. - Ciancaglini, Antonio Hipólito c. ANSeS s/ Jubilación y retiro por invalidez.

[Cita on line: AR/JUR/35848/2020]



COSTAS

Instancia extraordinaria: por su orden.

Buenos Aires, septiembre 3 de 2020.

Considerando: 1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, al revocar el fallo de la instancia anterior, rechazó la demanda dirigida a obtener el beneficio de jubilación por invalidez, el actor interpuso recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja en examen.

2º) Que para decidir de ese modo, el tribunal argumentó que a la fecha de solicitud de la prestación el peticionario no cumplía con el requisito exigido por el art. 95 de la ley 24.241 y su decreto reglamentario 460/1999, pues no reunía la cantidad de años de servicio con aportes necesarios para ser considerado aportante regular o irregular con derecho ni surgía de la causa que hubiese sido solidario con el sistema durante su condición de trabajador activo.

3º) Que el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria, vulnera derechos cons-

titucionales y evidencia un excesivo rigor incompatible con la naturaleza de los derechos en juego. Afirma que la aplicación del decreto 460/1999 carece de toda razonabilidad, pues le impone la condición de acreditar una regularidad de aportes hasta la fecha de solicitud del beneficio sin tener en cuenta que debido a su incapacidad quedó marginado del mercado laboral e impedido de ingresar las cotizaciones correspondientes.

El apelante señaló, además, que el pedido de retiro por invalidez obedece a que en el año 1993 sufrió un accidente laboral que derivó en la amputación de su miembro inferior izquierdo y que como consecuencia de ello la Junta Médica de la Subsecretaría de Trabajo del Ministerio de Gobierno y Justicia de la Provincia de Buenos Aires le otorgó una incapacidad del 70% (fs. 22 del Expte. administrativo 024-20-13787506-4-717-000002 agregado por cuerda). Asevera que en dicha oportunidad tenía treinta y cinco años de edad y contaba con trece años, seis meses y quince días de servicios con aportes, por lo que solicita que la regularidad de aportes exigida por la normativa sea computada al cese laboral, es decir, cuando se accidentó.

4º) Que aun cuando las objeciones del apelante remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no es obstáculo para la procedencia del recurso extraordinario, pues el tribunal no ha dado un adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo con las circunstancias comprobadas en la causa y ha prescindido de aplicar la solución normativa prevista para el caso (Fallos: 311:1171; 320:1492 y sus

citas, 329:4213; 329:5424 y 330:4049, entre otros).

5º) Que este Tribunal tiene resuelto que el derecho a las jubilaciones se rige, salvo disposición en contrario, por la ley vigente a la fecha de cesación en el servicio de acuerdo con lo dispuesto por el art. 27 de la ley 18.037 y que este es un principio que ha sido establecido por el legislador en beneficio de los peticionarios, cuya aplicación debe efectuarse con particular cautela cuando, como en el presente caso, media un cambio de legislación que puede redundar en perjuicio de los derechos adquiridos durante la vigencia de un régimen derogado (conf. causas “Fernández”, Fallos: 324:4511, “Arcuri”, Fallos: 332:2454 y “Díaz” Fallos: 340:21).

6º) Que frente al citado principio, cabe concluir que la alzada ha pasado por alto que al momento en que se produjo el hecho generador del beneficio —la contingencia laboral ocurrida en noviembre de 1993, no discutida en autos— el actor se encontraba en actividad, aportaba al sistema de la ley 18.037 y como consecuencia del accidente sufrido, la autoridad competente le había determinado más del 66% de incapacidad (fs. 69 de la queja).

7º) Que de tal manera, la cuestión referente a que el titular no cumplía con la regularidad de aportes, en el caso, no resulta relevante, pues, al ser de aplicación la ley 18.037, el art. 33 de este estatuto exigía a efectos de obtener el beneficio por invalidez que la incapacidad se produjera durante la relación de trabajo y el art. 43 requería, como principio general, que el afiliado reuniera los requisitos necesarios estando en actividad; condiciones

que el señor Ciancaglini cumplió en noviembre de 1993 cuando dichas normas aún se encontraban vigentes.

8º) Que, en tales condiciones, en consideración a las particulares circunstancias del caso, que fue iniciado en sede administrativa hace más de veinticuatro años, a fin de evitar mayores dilaciones corresponde que en uso de las facultades conferidas por el art. 16, segundo párrafo de la ley 48, el Tribunal se expida en forma definitiva sobre el fondo del asunto.

9º) Que corresponde entonces reconocer el derecho del actor a acceder a la prestación pretendida bajo el régimen de la ley 18.037, que regía al momento de producirse el hecho generador del beneficio, pues el juez debe decir el derecho de conformidad con la atribución *iura curia novit* (Fallos: 310:1536, 2733; 321:1167; 337:1142, entre otros).

10) Que atento al modo en que se resuelve, resulta inoficioso expedirse sobre las críticas del actor relacionadas con la regularidad de aportes.

Que el juez *Lorenzetti* suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez *Rosatti* lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, el Tribunal resuelve: hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario deducido, dejar sin efecto la sentencia de la Cámara y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda y se ordena otorgar al actor la jubilación por invalidez solicitada, según las disposiciones de la ley 18.037, en los términos del pronunciamiento de primera instancia. Costas de la instancia por su orden. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Efectos de la interposición de la demanda

Presentación inicial realizada al solo efecto de interrumpir la prescripción. Revocación de sentencia que intima al presentante a cumplir con las previsiones del art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial. Disidencia.

1.- La sentencia que intimó al presentante a cumplir con las previsiones del art. 330 de la ley adjetiva, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido en caso de silencio, debe revocarse, pues no hay norma que contenga el apercibimiento dispuesto por el magistrado de grado, lo cual lo deja huérfano de sustento, pues las facultades contenidas en los arts. 34 y 36 del Cód. Procesal, por vía de principio, no tienden a operar como un cercenamiento de los derechos, sino todo lo contrario, y se orientan a ubicar al juez en el rol de director del proceso en procura de la concreción del valor *justicia*.

2.- Mantener la resolución que intimó al presentante a cumplir con las previsiones del art. 330 de la ley adjetiva, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido en caso de silencio, equivaldría lisa y llanamente a hacer tabla rasa con tales garantías como imponer una renuncia de derechos, contrariando la regla que el art. 948 del Cód. Civ. y Comercial; y no está de más

señalar que no media en el ritual plazo perentorio alguno —más allá del previsto en el art. 310, Cód. Proc. Civ. y Com.— a los efectos de dotar a la inicial presentación, mediante la cual se intenta interrumpir la prescripción, de tales recaudos.

3.- El art. 2546 del Cód. Civ. y Com. establece que el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial. Este artículo, que viene a reemplazar el 3986 del Cód. Civil derogado, sustituye el vocablo “demanda” por el de “petición” y traduce así el concepto y alcance amplio que la doctrina y jurisprudencia asignaban a dicha norma, en tanto se entendía que a tales fines bastaba que el titular del crédito exteriorizara un reclamo judicial encaminado a hacer valer su derecho.

4.- La presentación judicial efectuada al solo efecto de interrumpir la prescripción de la acción puede no constituir una demanda en sentido estricto, ya que el art. 3986 del Cód. Civil le reconocía efectos interruptivos aunque “fuere defectuosa”. En tal caso, al posibilitar al pretendiente demostrar su interés en mantener vivo su derecho, mientras completa o perfecciona la demanda, solo tiene por finalidad preservar uno de los elementos sustanciales que coadyuvan a su procedencia.

5.- Nada obsta en el ordenamiento procesal para que, una vez compuesto el escrito introductorio de la *litis* —satisfechos los recaudos de admisibilidad pertinentes—, se confiera el trámite correspondiente a la demanda, ya que ese es precisamente el propósito de la petición efectuada, al solo fin de interrumpir la prescripción.

6.- Más allá de los efectos que tenga la promoción del litigio en cuanto al término de prescripción, subsiste sobre el accionante la carga de cumplir debidamente con los requisitos de la demanda para que esta sea viable (art. 330 del Código Procesal), y este extremo determina —a mi criterio— la suerte adversa del recurso en análisis (del voto en disidencia del Dr. Polo Olivera).

CNCiv., sala G, 14/09/2020. - P. ART SA c. R. del A. del 17/07/2017 L. T. D. T. s/ Interrupción de prescripción.

[Cita on line: AR/JUR/36903/2020]

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

Vistos: I. Vienen los autos digitalmente a conocimiento del Tribunal en virtud de la apelación subsidiaria interpuesta por la parte actora a fs. 14/16, contra la providencia de fs. 9, mantenida a fs. 17, mediante la cual el juez de grado dispuso que, previo a conferir traslado de la presentación inicial, realizada al efecto de interrumpir la prescripción, debe darse estricto cumplimiento con lo dispuesto por el art. 330 del Código Procesal, dentro del plazo de cinco días, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda.

II. El art. 2546 del Cód. Civ. y Comercial establece que el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial. Este artículo, que viene a reemplazar el 3986 del Cód. Civil derogado, sustituye el vocablo “demanda” por el de “petición” y traduce así el concepto y alcance amplio que la doctrina y jurisprudencia asignaban a dicha norma, en tanto se entendía que a tales fines bastaba que el titular del crédito exteriorizara un reclamo judicial encaminado a hacer valer su derecho (conf. Alberto J. Bueres —Director—, “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado”, T. 2; p. 624).

Al respecto ha dicho esta Sala que la presentación judicial, efectuada al solo efecto de interrumpir la prescripción de la acción, puede no constituir una demanda en sentido estricto, ya que el art. 3986 del Cód. Civil le reconocía efectos interruptivos, aunque “fuere defectuosa”. En tal caso, al posibilitar al pretendiente demostrar su interés en mantener vivo su derecho, mientras completa o perfecciona la demanda, solo tiene por finalidad preservar uno de los elementos sustanciales que coadyuvan a su procedencia (conf. esta Sala, r. 348.264, del 13/05/2002).

Nada obsta en el ordenamiento procesal para que una vez compuesto el escrito introductorio de la *litis* —satisfechos los recaudos de admisibilidad pertinentes— se confiera el trámite correspondiente a la demanda (que, sin duda alguna, debe quedar integrada con lo presentado en los términos de la citada norma), ya que ese es precisamente, el propósito de la petición efectuada al solo fin de interrumpir la prescripción (conf. esta Sala fallo cit. anteriormente).

El aludido dispositivo procura resguardar el efectivo y real ejercicio de los derechos, sin mengua ni limitaciones de quien pretende ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, y en este aspecto se concreta una fase liminar de la garantía de la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 18 CN). Es propio del sistema republicano de gobierno garantizar el acceso a la jurisdicción independientemente del sustento o éxito de la pretensión, todo lo cual constituye una realización práctica del mandato de afianzar la justicia que la norma fundamental enuncia en su preámbulo. Desde tal óptica se destaca que la aludida garantía no se satisface solamente con la concreción del derecho de acceso a la jurisdicción, pues no se limita ni atañe solo a la posibilidad de alcanzar los estrados judiciales, sino que comprende también el de continuar el proceso iniciado e importa, en sustancia, el derecho a ser oído, ofrecer y producir la prueba y alcanzar una decisión fundada (esta Sala, r. 583.657 del 17/08/2011).

III. En la especie, se advierte que el objeto de la petición preliminar no es otro que el precedentemente señalado, pero el juez intimó al presentante para que en el plazo de cinco días cumpla con las previsiones del art. 330 de la ley adjetiva, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido en caso de silencio.

No hay norma que contenga el apercibimiento dispuesto por el magistrado de grado, lo cual lo deja huérfano de sustento, pues las facultades contenidas en los arts. 34 y 36 del Código Procesal, por vía de principio, no tienden a operar como un cercenamiento de los derechos, sino todo lo contrario, y se orientan a ubicar al juez en el rol de director del proceso en procura de la concreción del valor *justicia*.

En consecuencia, mantener la resolución en crisis equivaldría lisa y llanamente a hacer tabla rasa con tales garantías como imponer una renuncia de derechos, contrariando la regla que el art. 948 del Cód. Civ. y Comercial establece (art. 874 del Cód. Civil), y no está de más señalar que no media en el ritual plazo perentorio alguno —más allá del previsto en el art. 310 Cód. Proc. Civ. y Comercial— a los efectos de dotar a la inicial presentación, mediante la cual se intenta interrumpir la prescripción, de los recaudos que exige el art. 330 del Código Procesal (conf. esta Sala, r. 583.657 del 17/08/2011 cit.; r. 627.322, del 04/09/2013; entre muchos otros).

Por lo expuesto, por mayoría se resuelve: Revocar la providencia de fs. 9, mantenida a fs. 17, en cuando establece un plazo perentorio para completar la demanda presentada al solo efecto de interrumpir la prescripción. Sin imposición de costas dealzada por no ha-

berse suscitado contradictorio. Regístrese; notifíquese por Secretaría a la recurrente en su domicilio electrónico (Ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 CSJN); cúmplase con la Acordada 24/2013 de la Corte Suprema y devuélvase mediante pase electrónico a su juzgado de origen. — *Carlos A. Bellucci*. — *Gastón M. Polo Olivera* (en disidencia). — *Carlos A. Carranza Casares*.

Disidencia del doctor *Polo Olivera*:

Como juez de primera instancia he sostenido que la demanda constituye un acto interruptivo del curso de la prescripción, pues revela suficientemente la intención del actor de ejercer su acción, aunque lo hiciera defectuosamente o ante un juez incompetente. Pero una demanda sin petición de sustanciación no es tal cosa, aunque pueda retóricamente aplicársele ese nombre. En este sentido, las demandas son expresión de pretensión para abrir juicio contradictorio; pero no trámite unilateral para lograr un efecto jurídico oponible a otro sujeto no oído. En el caso de no requerir el pretensor la sustanciación de una expresión volitiva, no cabrá sino desestimarla; pues es imperativo ineludible derivado de la CN 18, que una demanda no pueda ser acogida sin sustanciación; salvo hipótesis de traba de medida cautelar, que no se configura en el caso (CNCCom., D, 27.138/03).

El escrito de inicio tiene que poseer la virtualidad de avanzar en el trámite, sin dejarlo inactivo *sine die*. Desde esa perspectiva, puede el accionante realizar las diligencias tendientes a cumplir con los recaudos previstos por el art. 330 del Código Procesal, que resultan de exclusiva carga del peticionante. Sostener lo contrario implicaría admitir la consecuencia jurídica de un trámite unilateral para una actuación que por su propia naturaleza no debería serlo. Esto es, la promoción de una demanda se encuentra natural y necesariamente destinada a su sustanciación.

En igual sentido se ha expedido el Dr. Picasso como integrante de la sala A de esta Cámara (v. su voto en disidencia en el Expte. N° 93618/2018, del 25/03/2019), y agregó que el hecho de que uno de los efectos que el derecho sustantivo le atribuye a la demanda sea el de interrumpir la prescripción no permite escindir las consecuencias procesales de su interposición, tales como las de imponer cargas al litigante y deberes al órgano judicial. Admitir que el demandante elija qué consecuencias quiere y cuáles no, significa otorgarle una posición procesal privilegiada y violar el trato igualitario que deben recibir todas las partes en el proceso, a la vez que importaría desnaturalizar no solo los institutos procesales, sino también la prescripción liberatoria y las previsiones que el Código Civil realiza para interrumpir su curso. Así, si al demandante le falta algún elemento para la precisión de sus postulaciones, tiene a su alcance las medidas preparatorias previstas por el art. 323 del Código Procesal. Pero si lo que presenta es una demanda, debe estarse al régimen que la gobierna (CNCiv., Sala I, fallo del 14/07/2011, Expte. N° 44588/2011).

De allí que más allá de los efectos que tenga la promoción del litigio en cuanto al término de prescripción, subsiste sobre el accionante la carga de cumplir debidamente con los requisitos de la demanda para que esta sea viable (art. 330 del Código Procesal); y este extremo determina —a mi criterio— la suerte adversa del recurso en análisis.

Entiendo que la decisión apelada no desvirtúa la norma aplicable del Cód. Civ. y Comercial citada en los considerandos, sino que por el contrario tiende a relacionar de manera armónica los principios en juego. Me permito, por tanto, disentir con el criterio de mis distinguidos colegas que forman la mayoría. Tal mi parecer. — *Gastón M. Polo Olivera*.

Servicio público de taxis

Planteo de inconstitucionalidad de la norma del GCBA que excluye al heredero colateral de la transmisión de la licencia de taxi del titular fallecido. Rechazo.

- 1.- La normativa prevista por el art. 12.4.4.6 de la ley 3622 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, según la cual se puede transmitir la licencia de taxi al heredero del titular fallecido, solamente en el caso de que sea el cónyuge superviviente o derechohabiente en primer grado, excluyendo así al heredero colateral —en el caso, el hermano del causante— no es inconstitucional, pues el servicio prestado localmente por los automóviles de alquiler con taxímetro es un servicio público de titularidad de la Ciudad de Buenos Aires; y si bien su prestación se encuentra en cabeza de particulares, es esta la que lo autoriza, previo cumplimiento de determinados requisitos fijados por la legislación. La licencia de taxi responde a la naturaleza jurídica de “permiso”, que no integra el patrimonio de quien la ostenta; tampoco tiene una valoración fiscal y se encuentra fuera del comercio.
- 2.- El servicio prestado por los taxis es un “servicio público” de titularidad de la Ciudad de Buenos Aires; que, si bien su prestación se encuentra en cabeza de los particulares, es la ciudad quien lo autoriza, previo cumplimiento de determinados requisitos fijados por la legislación. La licencia de taxi responde a la naturaleza jurídica del “permiso” habilitante. Siendo ello así, la titularidad del servicio está en cabeza de la Administración. En esa inteligencia, tampoco puede soslayarse que, en la especie, solo el Gobierno de la Ciudad es el que tiene la facultad tanto para otorgar una concesión o un permiso para el ejercicio de determinada actividad, sino también para revocarlos.
- 3.- La transferencia de la licencia de taxi no es un negocio jurídico que pueda ser celebrado bajo la autonomía de la voluntad. Es que, por tratarse de un servicio público bajo la titularidad de la administración, se encuentra regulado bajo la órbita del derecho público y no del privado. Ello, para que la prestación se lleve a cabo de una determinada modalidad, lo cual importa que fuera de los supuestos que se encuentran expresamente autorizados se produce el cese de la autorización otorgada. La autoridad de aplicación evalúa el cumplimiento de requisitos que hacen a las calidades personales del titular del derecho, circunstancia que determina que la inscripción pueda considerarse como una habilitación *intuitu personæ* (Cap. 12, arts. 4.4.2 y 4.4.3).
- 4.- El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires otorga licencias de taxi conforme las facultades propias y exclusivas de sus poderes Legislativo y Ejecutivo, en cuanto su Jefe de Gobierno ejerce el “poder de policía” y otorga “permisos y habilitaciones para el ejercicio de las actividades comerciales” (art. 80, 104 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); cuestiones estas que deben enjugarse con lo dispuesto por el art. 14 de la CN. Ello no se ve enervado por el hecho de que el orden sucesorio se encuentre regulado en el Código Civil y Comercial, y que la limitación provenga de una norma local, pues la competencia para regular el funcionamiento y control del Servicio Público de Automóviles de Alquiler con Taxímetro pertenece inquestionablemente al ejercicio por parte de las autoridades locales de su poder de

policía, por lo cual la exclusión del heredero colateral no es arbitraria, sino que responde a que no cumple con la exigencia prevista para la transmisión de la licencia.

CNCiv., sala I, 28/08/2020. —Couselo, Rubén Oscar c. GCBA s/ Inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/33926/2020]

2ª Instancia.— Buenos Aires, agosto 28 de 2020.

Considerando: I. Vienen estos autos con motivo del recurso de apelación interpuesto el día 18/06/2020 por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —demandado—, contra el decisorio de fecha 09/06/2020 en el que se hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del apartado N° 12.4.4.6, de la ley local N° 3622, del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El recurso se fundó a fs. 59/69 (13/07/2020) en tanto el heredero lo contestó a fs. 71/74 (15/07/2020). La cuestión se integra con el dictamen del Ministerio Público Fiscal que antecede, incorporado virtualmente.

II. El Sr. Rubén Oscar Couselo inició el presente proceso en su calidad de único heredero de su hermano, G. O. C., con el objeto de inscribir la declaratoria de herederos respecto de la licencia de taxi que lo tenía al causante —su hermano— como titular.

Debe recordarse que del proceso sucesorio de G. O. C. (expediente N° 72.330/2016) surge que al nombrado se lo declaró único heredero (fs. 45); que a fs. 78 se ordenó la inscripción de la declaratoria de herederos en relación al automotor marca Fiat dominio ... y su respectiva licencia de taxi N° ... y que a fs. 82/83 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires informó por intermedio de la dependencia respectiva que no era posible cumplir la inscripción ordenada, dado que no era heredero en primer grado, con fundamento en el art. 12.4.4.6 de la ley 3622 del GCBA.

El interesado sostuvo que tal normativa vulnera el sistema de posesión hereditaria contenido en los arts. 2277 y 2278 del Cód. Civ. y Comercial, de manera tal que se establece una distinción entre herederos de pleno derecho y colaterales, lo cual es contrario a lo dispuesto los arts. 2337 y 2338 de ese Código y que la licencia de taxi integra el patrimonio del causante. De allí que solicitó la declaración de inconstitucionalidad, por afectar su derecho de propiedad y la garantía de igualdad ante la ley, protegidos en la Constitución Nacional.

III. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires objeta lo decidido, pues alega que los argumentos expuestos en la sentencia para declarar la inconstitucionalidad de la norma, en torno a la supuesta violación a las normas del Cód. Civil y de derechos constitucionales resultan, a todas luces, errados y, por tanto, arbitrarios.

Agrega que el juez de grado, disconforme con la política legislativa en la materia, decidió aplicar arbitrariamente las normas de Derecho Privado a una cuestión totalmente ajena a la sucesión y que se rige por el Derecho Público. De allí que, mal pudo el juzgador declarar la inconstitucionalidad de la norma local que regula el servicio público de taxis. Que, al hacerlo avasalló la autonomía de la CABA al dejar sin efecto una ley que fue dictada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en uso de sus facultades asignadas constitucionalmente, subvirtiendo la esencia del principio republicano de división de los poderes.

Por todo ello, solicita que se revoque la sentencia en cuestión, con expresa imposición de costas.

IV. El anterior sentenciante, previa vista al Sr. Fiscal de grado a cuyo dictamen adhirió, admitió la pretensión incoada. Para ello sostuvo que “la normativa prevista por el art. 12.4.4.6 de la ley 3622 del GCBA, según la cual se puede transmitir la licencia de taxi al heredero del titular fallecido, solamente en el caso de que sea el cónyuge superviviente o derechohabiente en primer grado; que se excluye así al heredero colateral —en el caso de autos, el hermano del causante—; que esta diferencia en la transmisión y posesión de la herencia colisiona con la normativa del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en sus arts. 2277, 2278, 2280, 2337 y 2338, donde no se realiza tal distinción entre ese tipo de herederos; que existe una preeminencia de la normativa nacional sobre la normativa local y que se encuentra vulnerado el derecho de propiedad del heredero, aquí parte actora —consagrado por el art. 17 de la CN—, he de admitir el planteo de inconstitucionalidad para el caso en concreto”.

Explicitó que a la licencia de taxi se le asigna un valor y se comercializa en el mercado privado; que tributa tasa de justicia por el valor de su transferencia en el mercado y que resulta posible embargarla.

Por ello, sin perjuicio de su naturaleza jurídica y de que su concesión al titular sea dispuesta por el gobierno local, concluyó que la licencia de taxi forma parte integrante del patrimonio del causante.

IV.a. Lo primero que corresponde expresar es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal constituye, como reiteradamente se sostiene, la más delicada de las funciones susceptibles de ser ejercidas por un tribunal de justicia, y es un acto de suma gravedad inconstitucional, debiendo ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico. También es sabido que nuestra Constitución no reconoce derechos absolutos, sino limitados por las leyes reglamentarias en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 —ahora 75— de la Constitución), lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general (Fallos: 132: 360; 188:105; 249:252; 311:1565; 315:952).

El límite de tal reglamentación es la razonabilidad: siendo las leyes razonables, no son susceptibles de impugnación constitucional (Fallos: 304:319, 1524; 314: 1376; 315: 2804). Sobre la base de los precedentes de la CSJN puede decirse que la razonabilidad de la reglamentación depende de su adecuación al fin de la ley (Fallos: 243:467 y sus citas; 299:428; 310:495; 314:1376); así, la ley no es pasible de tacha constitucional en tanto no se aparte manifiestamente del texto constitucional (Fallos: 320:875) o consagre una iniquidad manifiesta (Fallos: 283: 98; 297:201; esta Sala Expte. n° 67588/04 del 04/11/2008).

El heredero colateral alega que se encuentra privado de heredar a su hermano, de acuerdo a lo que disponía el art. 3585 Cód. Civil —2438 del Cód. Civ. y Comercial—.

No coincide este colegiado con tal aseveración, pues ello supondría dos premisas que no se verifican en el caso: la primera, que en el análisis de la cuestión prevalezca el derecho privado y que no se trate de un asunto regulado por el derecho público; y la segunda, que la licencia de taxi integre el patrimonio del causante. Claro que de ninguna manera se encuentra en discusión su condición de heredero legítimo (arts. 2277, 2278 y 2424 del Cód. Civ. y Comercial); lo que ocurre es que no cumple con la exigencia prevista para la transmisión de la licencia. Y ello no es producto de una contradicción, sino que responde a la naturaleza jurídica de esta última, como seguidamente se desarrollará.

IV.b. Las licencias de taxi que otorga el GCBA están reguladas por el Título Décimo

Segundo del Código de Tránsito y Transporte, incorporado por la ley local N° 3622 (2010) —Anexo I— (BOCBA del 21/01/2011), que fue reglamentado por el decreto del Poder Ejecutivo local N° 143/2012 - Anexo I - (Publicado en la Separata del Boletín Oficial de la CBA del 20/03/2012); en su anexo I, en su art. 8 derogó la Ordenanza 41.815.

Pueden ser licenciatarias tanto las personas humanas como las personas jurídicas. En cuanto a las primeras, deben ser personas mayores de edad o emancipadas, con capacidad legal para contratar, de nacionalidad argentina, naturalizadas o extranjeras con residencia definitiva en Argentina. En cuanto a las de existencia ideal, debe tratarse de sociedades constituidas en el marco de la ley 19.550 e inscriptas en el Registro Público de Comercio de la Ciudad, con domicilio legal en CABA y capacidad para la explotación de la actividad. Cada persona física o jurídica puede ser titular de hasta 200 licencias y todas ellas deben estar coligadas, bajo idéntica titularidad, a un vehículo con el cual prestar el servicio en las condiciones establecidas en ese Código.

Dicha ley en el Título Décimo Segundo del Código de Tránsito y Transporte regula el régimen de “Licencias de Taxi” y, en concreto, en la Sección 12.4.4 lo atinente a las “Transferencias”.

Una primera aproximación permite advertir que estas son transferibles no solo por causa de muerte (Art. 14.4.4.6), sino también por actos entre vivos, ya sea “Con la unidad afectada al servicio”, es decir, junto con la enajenación del rodado al que está coligada (Art. 12.4.4.2), como “Sin la unidad afectada al servicio”, esto es, de manera independiente de la transferencia del vehículo (Art. 12.4.4.3). En ambos casos, la transferencia debe formalizarse por escritura pública (Arts. 12.4.4.2, primer párrafo y 14.4.4.3, primer párrafo) y está gravada por una tasa (Art. 12.4.4.5). Ninguna preceptiva de ese cuerpo normativo prohíbe la transferencia onerosa ni la condiciona a la gratuidad.

Específicamente en el punto 12.4.4.6 se prevé el supuesto de fallecimiento del titular. En este sentido, se regula que “Producido el fallecimiento del titular de la licencia del taxi, el cónyuge superviviente y/o los derechohabientes en primer grado podrán solicitar la continuación de la prestación a nombre de uno de ellos, debiendo acreditar la documentación de familia correspondiente y formular la respectiva petición dentro de los ciento ochenta (180) días de producido el deceso... De haberse formalmente suministrado con la solicitud todos los datos necesarios para su consideración establecidos por el presente régimen, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrá otorgar un permiso provisorio que autorice la prestación del servicio hasta tanto se expida en definitiva sobre la procedencia de la petición”.

Lo así dispuesto demuestra el carácter taxativo de los supuestos en los que procede el traspaso de la licencia, no hallándose incluido el supuesto que aquí nos ocupa.

El servicio prestado en CABA por los automóviles de alquiler con taxímetro es un servicio público de titularidad de la Ciudad de Buenos Aires; si bien su prestación se encuentra en cabeza de particulares, es esta quien lo autoriza previo cumplimiento de determinados requisitos fijados por la legislación. La licencia de taxi responde a la naturaleza jurídica de “permiso”; que no integra el patrimonio de quien la ostenta, tampoco tiene una valoración fiscal y se encuentra fuera del comercio.

Enseña Diez que la noción de servicio público es fundamental para el derecho administrativo, y uno de los conceptos más polémicos (Diez, Manuel María, “Derecho

Administrativo”, T. 3, p. 183, Ed. Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1960). El servicio público, como construcción dogmática, no es un producto de las ciencias exactas sino de la realidad y, como tal, adolece de la imprecisión que, en mayor o menor medida, acompaña a todas las instituciones jurídicas (Cassagne, en “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, (LA LEY, 2002-B, 855).

Se considera que el servicio público es tal, porque es, precisamente, un servicio para el público, que a través del desarrollo de una específica actividad tiende a satisfacer una necesidad o interés general (Marienhoff, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. II).

Se lo define también como “Toda acción o prestación realizada por la Administración pública, directa o indirectamente, para la

satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía” (Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, T. I, p. 463, 6ª ed., Buenos Aires, 1964).

La noción de servicio público tiene una extensión ciertamente discutible. Su concepción cambia al compás de la vida social. No obstante, existe acuerdo sobre la necesidad de “reservar una actividad” bajo un “régimen jurídico especial” de derecho administrativo y ofrecerla al usuario con “carácter obligatorio”. (Sesín, Domingo Juan, “La función del servicio público en la etapa posprivatizadora”, LA LEY, 2000-C, 1197).

En los servicios públicos estamos en presencia de una prestación material o servicio o el uso de un medio técnico. También se ha clasificado el servicio en cuestión en propio, impropio y virtual: El *propio* es prestado por el Estado directamente o un concesionario, licenciario o autorizado (indirectamente), para beneficio de un grupo considerable de usuarios (transporte, telefonía básica). El servicio *impropio* no es brindado ni directa ni indirectamente por el Estado (lo hacen particulares), pero sin embargo es de interés para él, por lo cual lo reglamenta (por ejemplo, farmacias o taxis) (Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, T. I, p. 459).

Es la obligatoriedad de la prestación la nota distintiva del servicio público, desapareciendo la diferenciación entre propios e impropios efectuada por la doctrina, acercándose así el régimen de los servicios públicos tradicionales al de aquellas otras actividades cuya prestación requiere habilitación estatal, bajo un régimen especial de obligatoriedad y tarifa controlada, como los taxímetros (Lorenzutti, Javier Ignacio, “El servicio público de taxímetros de la Ciudad de Buenos Aires”, y nota N° 2, en ED, - Revista de Derecho Administrativo, T. 2007, 576, del 31/08/2007, Cita Digital: ED-DCCLXIX-662).

De allí que entonces el servicio prestado en la Ciudad de Buenos Aires por los taxis es un “servicio público” de titularidad de la Ciudad de Buenos Aires; que, si bien su prestación se encuentra en cabeza de los particulares, es la ciudad quien lo autoriza previo cumplimiento de determinados requisitos fijados por la legislación.

La licencia de taxi responde a la naturaleza jurídica de “permiso” habilitante. Siendo ello así, la titularidad del servicio está en cabeza de la Administración. En esa inteligencia, tampoco puede soslayarse que, en la especie, solo el Gobierno de la Ciudad es quien detenta la facultad tanto para otorgar una concesión o un permiso para el ejercicio de determinada actividad, sino también para revocarlos.

Es importante destacar en este punto que la autoridad de aplicación evalúa el cumplimiento de requisitos que hacen a las calidades personales del titular del derecho, circunstancia que determina que la inscripción

pueda considerarse como una habilitación *intuitu personæ* (Cap. 12, arts. 4.4.2 y 4.4.3).

Tal como desarrolló el Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, la transferencia de la licencia de taxi no es un negocio jurídico que pueda ser celebrado bajo la autonomía de la voluntad. Es que, por tratarse de un servicio público bajo la titularidad de la administración, se encuentra regulado bajo la órbita del derecho público y no del privado. Ello para que la prestación se lleve a cabo de una determinada modalidad, lo cual importa que fuera de los supuestos que se encuentran expresamente autorizados se produce el cese de la autorización otorgada.

Desde este enfoque, el GCBA otorga esas licencias conforme las facultades propias y exclusivas de su Poder Legislativo y Ejecutivo, en cuanto su Jefe de Gobierno ejerce el “poder de policía” y otorga “permisos y habilitaciones para el ejercicio de las actividades comerciales” (art. 80, 104 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); cuestiones estas que deben enjugararse con los dispuesto por el art. 14 de la CN.

Ello no se ve enervado por el hecho de que el orden sucesorio se encuentre regulado en el Cód. Civ. y Comercial, y que la limitación provenga de una norma local, pues la competencia para regular el funcionamiento y control del Servicio Público de Automóviles de Alquiler con Taxímetro pertenece incuestionablemente al ejercicio por parte de las autoridades locales de su poder de policía (arg. arts. 75 inc. 30, 121 y 129 de la Constitución Nacional), por lo cual la exclusión del heredero colateral —en el caso de autos, el hermano del causante— no es arbitraria, sino que responde a que no cumple con la exigencia prevista para la transmisión de la licencia.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas, habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal, a cuyos fundamentos este colegiado adhiere y hace propios en honor a la brevedad, se resuelve: I) Admitir la vía recursiva escogida y revocar lo decidido en la instancia de grado. II) distribuir las costas en el orden causado, no obstante el resultado obtenido, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que surgen del caso concreto. El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La doctora Patricia E. Castro no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 23 del Régimen de Licencias). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Cód. Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.

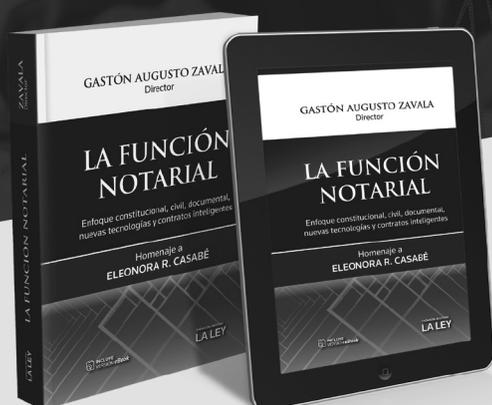
THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

LA FUNCIÓN NOTARIAL

Enfoque constitucional, civil, documental,
nuevas tecnologías y contratos inteligentes



Gastón Augusto
Zavala (Director)

 1 Tomo + eBook

La presente obra abarca desde teorías y herramientas técnico-jurídicas que hacen a la esencia de cada temática abordada, hasta instrumentos aplicables en la práctica de cada una de las figuras. Está realizada por doctores, magísteres, abogados, escribanos, académicos, todos especialistas en cada uno de los temas desarrollados.

Se realiza un análisis exhaustivo en cada uno de los trabajos. En la faz tecnológico-jurídica se desarrolla una innovadora apreciación de los Contratos Inteligentes, *Smart Contracts*, *Tokenización* Inmobiliaria y de Activos, como también el impacto que han tenido en relación con las actas notariales.

Con respecto a los derechos del consumidor, medio ambiente y seguridad jurídica, se analiza la protección dada por la intervención notarial como garante de los derechos fundamentales y órgano legitimador, entre otras diversas temáticas.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de  **LinkedIn** con **contenido**
específico para abogados.

 ThomsonReutersLaLey
 @TRLaLey
 ThomsonReutersLatam