

_COLUMNA DE OPINIÓN

Patentabilidad vegetal

SOBRE UNA RÉPLICA

Salvador Darío Bergel

En la edición de La Ley del 10/3/16 se publicó un extracto de la sentencia de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala III del 26/11/15, recaída en los autos “Monsanto Technology LLC c/ INPI s/ denegatoria de patente” con una nota al fallo de mi autoría (1).

Con posterioridad en el ejemplar del 15/4/16 un colega abogado publicó una réplica en la que expresa su disconformidad con la sentencia, con las Directrices sobre patentamiento del INPI y con mi comentario (2).

Al tratar de contestar una réplica, me permitiré formular sucintamente algunas apreciaciones que, en definitiva, me habrán de conducir a reiterar mi primigenia postura.

El autor, a través de tres preguntas sintetiza sus objeciones y críticas, que paso a transcribir con el pertinente comentario:

“El análisis de la Ley de Patentes —expresa— se puede hacer en tres niveles diferentes, a la luz de lo establecido en el mencionado art. 27.3.b). La primera pregunta que debe hacerse es si la Argentina excluye la patentabilidad de las plantas. Pues bien, de la lectura de la ley no surge tal prohibición. Ésta sólo aparece con el art. 6 del Reglamento, con lo cual podría sostenerse que el Reglamento modifica la ley y ello es inconstitucional.”

CONTINÚA EN PÁGINA 4

Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Rolando E. Gialdino

SUMARIO: I. Introducción. — II. Condiciones de validez de las restricciones. — III. Tres datos relevantes. — IV. Conclusiones.

➔ El derecho de reunión es el medio por excelencia para la defensa y la promoción del amplio abanico de derechos, libertades y garantías humanas, y un elemento constitutivo de la esencia misma de todo sistema o régimen político que se precie de democrático. La manifestación y la protesta social como ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión revisten un interés social imperativo.

I. Introducción

El derecho de reunión es el medio por excelencia para la defensa y la promoción del amplio abanico de derechos, libertades y garantías humanas, y un elemento constitutivo de la esencia misma de todo sistema o régimen político que se precie de democrático (1). En cuanto sea ejercido de manera “pacífica”, está garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, art. 15, “y sin armas”) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 21), ambos de jerarquía constitucional (2). Y, por lo pronto, “conlleva la posibilidad de organi-

zar reuniones pacíficas y participar en ellas, incluido el derecho a organizar concentraciones (como un piquete) en un lugar público”. Así lo enseña el Comité de Derechos Humanos (Comité DH) (3), intérprete autorizado en el plano internacional del PIDCP, según lo reconoce la Corte Suprema (4).

La presente investigación, en tal sentido, no se propone más que exponer, en términos acotados, el estado del arte relativo a la protesta social / derecho de reunión en el terreno de los dos tratados antedichos. Nos ceñiremos, principalmente, a las condiciones de validez que estos últimos imponen a las eventuales restricciones legales del derecho en los ámbitos nacionales, lo cual, en paralelo, posibilitará mostrar el objeto y fin que ha de animar al contenido, interpretación y aplicación de esa normativa, y advertir las obligaciones asumidas por los Estados en la materia (1). Seguidamente indicaremos tres datos relevantes (2), tras lo cual volcaremos unas breves conclusiones (3).

II. Condiciones de validez de las restricciones

A. Los dos instrumentos citados, CADH y PIDCP, no establecen restricciones al derecho de reunión; tampoco compelen a los Estados a hacerlo (5). Sí autorizan a estos a introducirlos (arts. 15 y 21, respectivamente), supuesto, añadiríamos, que ello fuese aconsejable (6). Con todo, previsoramente, han

descartado conceder discrecionalidad alguna (7). Disponen, pues, los citados preceptos, que dichas restricciones “sólo” son válidas bajo dos condiciones que enuncian con entera nitidez y no menor rigurosidad, las cuales distinguiremos como materiales (1) y formales (2). La norma que establezca la restricción debe ser una “ley” en el sentido “material” y “formal” (8), so pena de descalificación con arreglo al control de convencionalidad (9).

B. Condiciones, éstas, conviene anticiparlo desde un comienzo, regidas por tres premisas fundamentales. Primero, junto con las libertades de expresión y de asociación, la de reunión forma “una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerequisite de los derechos de participación política” (10). Segundo, “la manifestación y protesta social, como ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, revisten un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más restringido para justificar una limitación de este derecho” (11). Tercero, el Estado que decida establecer restricciones debe estar guiado por el objetivo de “facilitar” el ejercicio del derecho, no de dificultarlo (12), puesto que “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción” (13). Después de todo, añadiríamos, la primera obligación asumida

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. Patentabilidad vegetal. Sobre una réplica

Salvador Darío Bergel..... 1

DOCTRINA. Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Rolando E. Gialdino 1

BIBLIOGRAFÍA. Tratado de Derecho Constitucional

Autor: Miguel Ángel Ekmekdjian. Pablo Luis Manili (Actualizador). Comentario: Daniel Alberto Sabsay 4

NOTA A FALLO. La autonomía de la voluntad en el contrato de cuenta corriente

Máximo J. Bomchil 5

JURISPRUDENCIA

ENTIDADES FINANCIERAS. Facultad de los bancos de proceder al cierre de cuentas corrientes. Cumplimiento de requisitos formales. Preaviso. Rechazo de la prohibición de innovar promovida por el cliente. Inexistencia de abuso del derecho. Recepción de normas en el Código Civil y Comercial (CCom.) 5

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS MEDIOS DE TRANSPORTE. Pasajera con tratamiento VIP. Viaje dentro de la cabina de un avión por invitación del piloto. Uso de te-

léfono celular durante el vuelo. Procesamiento por el delito previsto en el art. 190 del Cód. Penal. Amenaza para la seguridad de los usuarios (CNFed. Crim. y Correc.) 7

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. Solicitud realizada por el titular de dos inmuebles. Carencia de recursos para atender al pago de las costas y gastos del juicio. Prueba. Revocación de la multa impuesta por falsedad de los hechos denunciados. Buena fe procesal. Concesión parcial de la franquicia (CCom.) 9

INTERESES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Morigeración de intereses en una ejecución hipotecaria. Tasa de interés en dólares contraria a la regla moral prevista en el Código Civil y Comercial. Carácter provisional de la determinación de intereses. Realidad económica. Facultades de los jueces (CNCiv.) 10

LESIONES CULPOSAS. Mordeduras sufridas por una niña en un jardín maternal. Abandono del aula por la maestra auxiliar a cargo. Procesamiento por lesiones culposas. Posición de garante. Obligación de estar presente en el aula y deber de supervisión. Conducta negligente. Sujeto activo del delito de omisión impropia (CNCrim. y Correc.) 10

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Cosa juzgada írrita
Jorge Alberto Diegues 11

Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

● VIENE DE TAPA

por los Estados es la de “respetar los derechos y libertades” convencionales, en lo cual, “está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (14). Y resaltemos, incluso, que se trata de la protección de un derecho, pero que también puede ser concebido como un “deber” de las personas, v.gr., de reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales (15).

Amartya Sen ha llegado a sugerir que en ningún Estado que asegure vigorosamente la libertad de expresión se va a experimentar hambre (16). Se confirmaría, así, el primer párrafo de la introducción: el derecho de

reunión se encabalga en toda la gama de derechos, libertades y garantías humanas, con indiferencia de su índole económica, política, social, civil, cultural...

II.1 Condiciones materiales

A. Las restricciones han de ser, inexcusablemente, “necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (CADH, art.15; PIDCP, art. 21).

A este respecto, aun cuando las presentes líneas no tienen por objeto un estudio de las restricciones en general, se imponen algunas breves aclaraciones. Primero, lo “necesario” en una sociedad democrática, depende de que la restricción “estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo que prepondera claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho” (17); “no es suficiente demostrar que [una restricción] sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’” (18).

Segundo, “de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la [CADH] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estricta-

mente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (19). El respeto del derecho humano de reunión, desde luego, es parte del mencionado orden público (20). Máxime cuando este último “reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse” (21).

Tercero, “[s]olamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza” (22).

Cuarto, “el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición’. Estas limitaciones han de entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación” (23).

B. Asimismo, otros graves cuidados pesan sobre el legislador nacional y, en su caso, sobre las autoridades encargadas de aplicar la ley, cuando no de controlar su validez (24). Han de tener muy en cuenta, *inter alia*: a. que todo impedimento basado en el contenido o temática de la manifestación, configura una de las “más serias interferencias” (25); b. que se debe escoger la modalidad menos intrusiva (26), la que interfiera “en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho” (27); c. que las normas que autoricen restricciones (i) deben ser elaboradas y examinadas bajo un “test estricto de necesidad y proporcionalidad” (28), y (ii) sólo aplicadas para los fines con que fueron prescritas y con la necesidad específica de la que dependen (29); d. que la libertad de reunión (i) “protege a las manifestaciones que promuevan ideas que otras personas pueden considerar molestas u ofensivas” (30), y (ii) no admite “limitaciones [...] basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y sus funcionarios contra la opinión o crítica del público” (31), y e. que “la existencia de un peligro general y no especificado de que haya una contramanifestación violenta o la mera posibilidad de que las autoridades no puedan evitar o neutralizar la violencia no bastan para prohibir una manifestación” (32): las manifestaciones públicas “sólo pueden ser limitadas con el fin de evitar la concreción de amenazas que sean serias e inminentes, sin bastar un peligro eventual” (33). Todo ello, naturalmente, regido por el principio de no discriminación (34) e incluyendo a los niños (35).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El derecho de reunión “es uno de los derechos esenciales del individuo amparados por la Constitución Nacional [...] dentro de la alta jerarquía de esos derechos primarios, el de reunión es, en cierto sentido, el principal, pues más que un derecho concreto y aislado constituye la condición normal para el ejercicio de los demás derechos en una sociedad organizada según el régimen democrático [...] Por ello cuando se [lo] restringe excesivamente [...] en rigor lo que se restringe con exceso es el ejercicio de la libertad misma en la pluralidad de sus manifestaciones fundamentales” (CS, “Sofía, Antonio y otro”, disidencia del juez Orgaz, Fallos 243:504, 529/530-1959-).

(2) Const. Nac., art. 75.22, segundo párr.; otros instrumentos en la materia de igual jerarquía son, *inter alia*, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20), y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXI).

(3) Comunicaciones nos. 1988/2010, “Valentin Evrezov c. Belarús”, CCPR/C/114/D/1988/2010, 17/8/2015, § 7.4, el paréntesis del pasaje transcripto es del original; 1984/2010, “Evgeny Pugach c. Belarús”, 15/7/2015, CCPR/C/114/D/1984/2010, § 7.2 y ss., entre muchas otras.

(4) V.gr. “Pellicori”, Fallos 334:1387, § 5 —2011—.

(5) Los trabajos preparatorios, PIDCP, confirman que los Estados no están obligados a imponer restricciones al derecho de reunión (*Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, A/2929, 1955, p.54, § 141).

(6) Dado su carácter de derecho fundamental, la libertad de reunión pacífica debería, en la medida de lo posible, ser gozada sin regulaciones (OSCE [*Organization for Security and Co-operation in Europe*] - ODIHR [*Office for Democratic Institutions and Human Rights*] - “Venice Commission. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly”, 2ª ed., 2010, CDL-AD[2010]020, § 2).

(7) “[L]a facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], “Castañeda Gutman vs. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6/8/2008, Serie C N°184, § 174).

(8) Corte IDH, “Argüelles y otros vs. Argentina”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 20/11/2014, Serie C N°288, § 225.

(9) Sobre el mencionado control: GIALDINO, Rolando E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos”, en LALEY, 2008-C,1295.

(10) La Corte IDH, en “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, se hizo eco de la Corte Constitucional de Colombia, en cuanto ésta entendió que “en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación forman una tríada de libertades personales que se constituye además, en prerrequisito de los derechos de participación política” (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26/5/2010, Serie C N°213, § 171, nota 246).

(11) Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, OEA/Ser.L/V/II Doc. 13, vol. II, § 1099.

(12) Comité DH, comunicación n°1902/2009, “Yuriy Bakur c. Belarús”, 15/7/2015, CCPR/C/114/D/1902/2009, § 7.8.

(13) Ídem, Observación general n° 27. La libertad de circulación (artículo 12), 1999, § 13.

(14) Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16/11/2009, Serie C N°205, § 235 y su cita.

(15) “[T]oda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a una protección eficaz de las leyes nacionales al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a actos de violencia perpetrados por grupos o particulares que afecten el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, art.12.3 [aprobada por la Asamblea General, ONU, resolución 53/144, 9/12/1998]). “Reconociendo el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover el respeto y el conocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el plano nacional e internacional” (ídem, *Preámbulo*, último párr.).

(16) Cit. por MacGONAGLE, Tarlach, “UN Normative and Institutional Approaches to the Protection of Freedom of Expression and Information”, en *The United Nations and Freedom of Expression and Information. Critical Perspectives* (T. MacGonagle & Y. Donders, eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p.59.

(17) Corte IDH, “López Alvarez vs. Honduras”, fondo, reparaciones y costas, 1/2/2006, Serie C N°141, § 165 y sus citas.

(18) Ídem, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2/7/2004, Serie C N°107, § 122 y su cita.

(19) Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30*

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9/5/1986, Serie A N° 6, § 31. “Siempre que, conforme a las disposiciones del [PIDCP], se exija que una limitación sea ‘necesaria’, este término implicará que la limitación: a) Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto. b) Responde a una necesidad pública o social apremiante. c) Responde a un objetivo legítimo, y d) Guarda proporción con este objetivo” (*Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, E/CN.4/1985/4, 1984, Anexo, § 10). “El término ‘limitaciones’ en estos principios incluye el término ‘restricciones’ tal como se utiliza en el [PIDCP]” (nota en el apartado A, Parte I).

(20) Vid. *Principios de Siracusa...*, cit. nota (n.) anterior, § 22.

(21) Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, Serie A N°5, § 69. “[L]a libertad de expresión es fundamental para el disfrute de los derechos a la libertad de reunión y de asociación, y para el ejercicio del derecho de voto” (Comité DH, *Observación general* n°34. Artículo 19 - Libertad de opinión y libertad de expresión, 2011, § 4; *vid. infra* n. 23). “Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación” (ídem, *Observación general* n° 25. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto (artículo 25), 1996, § 8; asimismo: §§ 12 y 25).

(22) *Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 29.

(23) Comité DH, *Observación general* n°34, cit. n. 21, § 32. Advertimos que este último documento, para el Comité DH, proporciona directrices aplicables al art. 21, PIDCP (comunicación n°1790/2008, “Sergei Govsha, Viktor Syritsa y Viktor Mezyak c. Belarús”, 27/7/2012, CCPR/C/105/D/1790/2008, § 9.4).

(24) El principio de proporcionalidad, p.ej., “debe respetarse no sólo en la ley que define las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen” (Comité DH, *Observación general* n°34, cit. n. 21, § 34).

(25) Comité DH, comunicaciones nos. 1864/2009, “Vladimir Kirsanov c. Belarús”, 20/3/2014, CCPR/C/110/D/1864/2009, § 9.7; y 1873/2009, “Nikolai Alekseev c. Federación de Rusia”, CCPR/C/109/D/1873/2009, 25/10/2013, § 9.6, y otras; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), *Informe anual 2005*, cap. V, *Las manifestaciones públicas como ejercicio de la li-*

bertad de expresión y la libertad de reunión, § 94.

(26) Comité DH, comunicación n° 2030/2011, “Vasily Poliakov c. Belarús”, 17/7/2014, CCPR/C/111/D/2030/2011, § 83, entre otras. “Al aplicar una limitación, un Estado no utilizará medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación” (*Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 11).

(27) Corte IDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, cit. n. 18, § 123, entre muchos otros.

(28) Comité DH, comunicaciones nos. 1999/2010, “Valentin Evrezov, Vladimir Nepomnyaschikh, Vasily Polyakov, Valery Rybchenko c. Belarús”, 10/10/2014, CCPR/C/112/D/1999/2010, § 8.6; 1864/2009, “Vladimir Kirsanov c. Belarús”, cit. n. 25, § 9.7, y la opinión individual de los miembros Salvioli y Rodríguez-Rescia en la que cuestionan que en el caso no se hubiese considerado que, amén de la violación del art. 21, PIDCP, también se había producido la del art. 19, relativo a la libertad de expresión.

(29) Ídem, entre otras. “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (CADH, art. 30, itálicas agregadas). Asimismo: *Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 6.

(30) Comité DH, comunicación n°1873/2009, “Nikolai Alekseev c. Federación de Rusia”, cit. n. 25, § 9.6, entre otras.

(31) *Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 37. “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público” (Corte IDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, cit. n. 18, § 127).

(32) Comité DH, “Nikolai Alekseev c. Federación de Rusia”, cit. n. 25, § 9.6.

(33) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.66, 2011, § 139 y su cita. Vid. *infra* texto correspondiente a la n. 42.

(34) Vid. Comité DH: observaciones generales nos. 15, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 1986, § 7; y 23, *Derecho de las minorías* (artículo 27), 1994, § 5.2.

(35) El Comité de los Derechos del Niño insta al Estado parte “a que proceda a una completa revisión de la Ley de organizaciones sociales juveniles e infantiles a fin de asegurarse de que sea compatible con el derecho del

C. La protesta social, incluso en espacios públicos, no podría estar condicionada a una autorización por parte de las autoridades estatales (36). Sí sería admisible, pero difiere sustancialmente de lo anterior, la exigencia de una notificación previa (37), pero siempre y cuando ésta obedezca a las razones ya apuntadas (*supra* A), vale decir, seguridad nacional o seguridad pública, orden público, protección de la salud y la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (38). Más aún; en tales hipótesis, “[l]a falta de notificación previa de los organizadores a las autoridades no debe motivar la disolución automática de la reunión (como en Austria, por ejemplo), ni la imposición a sus organizadores de sanciones penales o administrativas consistentes en el pago de multas o la privación de libertad. Este aspecto reviste vital importancia en el caso de las reuniones espontáneas [...]” (39). La utilización de sanciones penales sólo encuentra justificación bajo el estándar de la Corte IDH, que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisfice un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática (40). Señalamos que, a diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines (41). No por ello, ciertamente, el derecho de reunión deja de constituir un aspecto fundamental de las asociaciones, v.gr., sindicatos, según lo ha puesto de manifiesto el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, para agregar que las autoridades deben abstenerse de toda interferencia que pueda restringir ese derecho o impedir su pleno ejercicio, salvedad hecha de que no cause “serias e inminentes amenazas al orden público” (42).

Sean puntualizadas, o reiteradas, por lo demás, dos circunstancias mayores: a. “resulta en principio inadmisibles la penalización *per se* de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión” (43), y b. es “arbitraria la detención o la reclusión como castigo por el ejercicio legítimo de los derechos garantizados en el Pacto, como la [...] libertad de reunión (art. 21) [...]” (44).

D. Empero, no han de ser destacadas sólo estas obligaciones estatales de carácter más bien negativo, sino, si se quiere, y con mayor razón, las de su anverso, y en la inteligencia de que nuestro derecho protege frente

a las interferencias provenientes de actores estatales, pero también no estatales (45), tal como lo confirman los trabajos preparatorios, PIDCP (46). Luego: a. “el accionar de agentes estatales no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo” (47); b. pesa sobre el Estado “la *obligación positiva* de proteger activamente las reuniones pacíficas” (48); c. “los Estados partes [PIDCP] tienen la obligación de proteger a quienes participan en manifestaciones [...] de los actos violentos cometidos por terceros” (49); d. “[e]l Estado parte debe garantizar que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho de reunión pacífica y proteger a los periodistas, los defensores de los derechos humanos y los manifestantes contra el acoso, la intimidación y la violencia, y debe investigar esos casos y enjuiciar a los responsables” (50). Al modo del ejercicio efectivo de la libertad de expresión, el de reunión implica que el Estado adopte las medidas necesarias para la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan (51).

El derecho a la seguridad contra los ataques físicos es prácticamente indispensable para la plena protección del derecho a la libertad de reunión, sobre todo cuando resulten impopulares los propósitos de la convocatoria (52).

E. Téngase en cuenta, y con esto va una precisión esencial, que “[e]n una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación” (53), y que los organizadores de una reunión tienen, en general, el derecho a elegir el lugar de celebración (54). Limitar los piquetes a ciertos lugares predefinidos, independientemente del tipo de manifestación o el número de participantes, plantea serias dudas con respecto a la necesidad de esa disposición, en vista de lo que dispone el art. 19, PIDCP (55), al paso que ha de desecharse “la práctica policial de confinar o contener a los manifestantes en un área pequeña de la que se les impide salir, rodeados por las fuerzas del orden” (56).

F. Por consiguiente, *i.e.*, con arreglo a lo señalado en los literales anteriores, bien puede afirmarse, según lo hace la Comisión IDH, que las instituciones estatales competentes “tienen el deber de diseñar planes y procedimientos operativos adecuados para facilitar el ejercicio del derecho de reunión”, lo cual “involucra desde el reordenamiento del tránsito de peatones y vehículos en determinada zona, hasta el acompañamiento a las personas que participan en la reunión o manifestación, para garantizarles su seguridad y facilitar la realización de las activi-

dades que motivan la convocatoria” (57). En este sentido, “la libre circulación vehicular no debe anteposeerse automáticamente a la libertad de reunión pacífica” (58), cuanto más que “en el momento de hacer un balance sobre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático” (59). A todo evento, dejemos afirmado, en compañía de M. Nowak, que las solas sentadas y bloqueos no hacen perder carácter pacífico a la reunión (60).

II.2 Condiciones formales

A. El segundo orden de condiciones, no menos inflexible que el precedente, reside en que las restricciones han de estar “previstas por la ley” (CADH, art. 15; PIDCP, art. 21), “claramente establecidas por ley” (61). Y ley, a estos efectos, subrayémoslo con doble trazo, “significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. Así lo tiene esclarecido la Corte IDH hace ya largos años (62).

B. Súmese a ello que las leyes que autoricen restricciones deben utilizar “criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (63).

III. Tres datos relevantes

A. Tres datos son de relevancia en la presente temática. Primero, el principio *pro persona* (o *pro homine*), impuesto por la naturaleza misma de los derechos humanos, obliga a interpretar extensivamente a las normas que reconocen estos últimos, y restrictivamente a las que los limitan o restringen (64). Segundo, las disposiciones del PIDCP son aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna (art. 50), lo cual es predicable de las de la CADH (65). Tercero, las sentencias judiciales resultan uno de los medios previstos convencionalmente para observar los compromisos internacionales del Estado (66).

B. Téngase presente, asimismo, que pesa sobre el Estado la demostración, en el caso, de que la restricción impuesta era necesaria (67).

IV. Conclusiones

El derecho de reunión:

a. es el medio por excelencia para la defensa y la promoción del amplio abanico de derechos, libertades y garantías humanas, y un elemento constitutivo de la esencia misma de todo sistema o régimen político que se precie de democrático. La manifestación y la protesta social como ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión revisten un interés social imperativo;

b. su ejercicio de manera “pacífica” está garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 15) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, art. 21), ambos de jerarquía constitucional;

c. “conlleva la posibilidad de organizar reuniones pacíficas y participar en ellas, incluido el derecho a organizar concentraciones (como un piquete) en un lugar público”;

Asimismo

d. los instrumentos citados no establecen restricciones al derecho de reunión; tampoco compelen a los Estados a hacerlo. Sí autorizan a estos a introducir las bajo rigurosas condiciones “materiales” y “formales”, so pena de descalificación con arreglo al control de convencionalidad, puesto que las sentencias judiciales resultan uno de los medios previstos convencionalmente para observar los compromisos internacionales del Estado;

e. las restricciones han de ser, inexcusablemente, por un lado, “necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” y, por el otro, establecidas por “ley”;

f. pesan sobre el Estado estrictas obligaciones tanto negativas o de abstención, cuanto positivas. Ha de proteger activamente el ejercicio del derecho frente a las interferencias provenientes de actores estatales y no estatales, tales como el acoso, la intimidación y la violencia, e investigar esos casos y enjuiciar a los responsables. El objetivo debe consistir en “facilitar” el ejercicio del derecho, no en dificultarlo, adoptando las medidas necesarias para la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. El accionar de los agentes estatales no reside en desincentivar el derecho sino en protegerlo;

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

niño a la libertad de asociación y de reunión pacífica garantizados en el artículo 15 de la Convención [sobre los Derechos del Niño] (*Observaciones finales: Ucrania*, 2011, CRC/C/UKR/CO/3-4, § 40).

(36) Informe anual de la *Relatoría...*, cit. n. 11, § 137; en análogo sentido: *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai*, A/HRC/20/27, 2012, § 27.

(37) Comisión IDH, *Segundo informe...*, cit. n. 33, § 137.

(38) Comité DH, comunicación n.º 412/1990, “Auli Kivinen v. Finlandia”, 31/3/1994, CCPR/C/50/D/412/1990, § 9.2; *Informe del Relator Especial...*, cit. n. 36, § 27.

(39) *Informe del Relator Especial...*, cit. n. 36, § 28.

(40) Comisión IDH, *Informe anual 2005*, cit. n. 25, § 96; “la penalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador” (§ 97).

(41) Corte IDH, “Escher y otros vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, 6/7/2009, Serie C N.º 200, § 169.

(42) SWEPTON, Lee, “Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision”, en *International Labour Review*, 1998, vol. 137, n.º 2, p. 179.

(43) Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, 2009, § 197.

(44) Comité DH, *Observación general* N.º 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), 2014, § 17.

(45) NOWAK, Manfred, “U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary”, Kehl/Strasbourg/Arlington, N.P. Engel, 1993, ps. 375/376.

(46) *Annotations on the text of the draft...*, cit. n. 5, p. 54, § 139.

(47) Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana...*, cit. n. 43, § 200 y su cita.

(48) *Informe del Relator Especial...*, cit. n. 36, § 33, itálicas agregadas; Comisión IDH, *Informe anual 2005*, cit. n. 25, § 98; NOWAK, M., “U.N. Covenant...”, cit. n. 45, ps. 375/376.

(49) Comité DH, comunicación n.º 1873/2009, “Nikolai Alekseev c. Federación de Rusia”, cit. n. 25, § 9.6, a propósito de manifestaciones que promuevan ideas que otras personas pueden considerar molestas u ofensivas.

(50) Ídem, *Observaciones finales: Angola*, 2013, CCPR/C/AGO/CO/1, § 21, en negrita en el original.

(51) *Vid.* Corte IDH, “Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 3/9/2012, Serie C N.º 248, § 189.

(52) NICKEL, James W., “Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, 2008, vol. 30, p. 988.

(53) Tribunal Constitucional de España, Sentencia 66/1995, 8/5/1995, f.j. 3.

(54) Comité DH, comunicación n.º 1949/2010, “Pavel Kozlov y otros c. Belarús”, 25/3/2015, CCPR/C/113/D/1949/2010, § 7.4.

(55) Ídem, comunicaciones nos. 1867/2009, 1936/2010, 1975/2010, 1977/2010, 1978/2010, 1979/2010, 1980/2010, 1981/2010 y 2010/2010, “Pavel Levinov c. Belarús”, 19/7/2012, CCPR/C/105/D/1867/2009, 1936, 1975, 1977-1981, 2010/2010, § 10.3.

(56) *Informe del Relator Especial...*, cit. n. 36, § 37.

(57) Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana...*, cit. n. 43, § 193.

(58) *Informe del Relator Especial...*, cit. n. 36, § 41.

(59) Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana...*, cit. n. 43, § 198. Para las *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, las reuniones constituyen una utilización del espacio público tan legítima como una actividad comercial o la circulación de vehículos o de peatones. Y añaden: *es conveniente tener en cuenta esta consideración cuando se evalúe la necesidad de una restricción* (cit. n. 6, § 3.2).

(60) NOWAK, M., “U.N. Covenant...”, cit. n. 45, p. 375.

(61) Corte IDH, “Argüelles y otros vs. Argentina”, cit. n. 8, § 225.

(62) *La Expresión “Leyes”...*, cit. n. 19, opinión, § 36.

“Todas las limitaciones a un derecho reconocido por el Pacto serán establecidas por la ley [...]” (*Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 5).

(63) Comité DH, *Observación general* n.º 27, cit. n. 13, § 13. “Las normas jurídicas que limiten el ejercicio de los derechos humanos serán claras, y accesibles a todo el mundo” (*Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 17).

(64) *Vid.* GIALDINO, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 465 y ss. “Todas las cláusulas de limitación serán interpretadas estrictamente y en favor de los derechos en cuestión” (*Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 3).

(65) *Vid.* GIALDINO, R.E., “Derecho Internacional...”, cit. n. anterior, ps. 491/493.

(66) Ídem, ps. 505 y 564/565, c/cita, *inter alia*, de jurisprudencia, Corte Suprema.

(67) Comité DH, comunicación n.º 1902/2009, “Yuriy Bakur c. Belarús”, cit. n. 12, § 7.9. “La carga de justificar una limitación a un derecho garantizado por el [PIDCP] incumbe al Estado” (*Principios de Siracusa...*, cit. n. 19, § 12; asimismo: § 20).

VIENE DE PÁGINA 3

g. la existencia de un peligro general y no especificado de que haya una contramanifestación violenta o la mera posibilidad de que las autoridades no puedan evitar o neutralizar la violencia, no bastan para prohibir una manifestación;

h. el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación. En el momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito y

el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático;

i. el ejercicio del derecho de reunión, incluso en espacios públicos, no debe estar condicionado a una autorización de las autoridades;

j. las solas sentadas y bloqueos no hacen perder carácter pacífico a la reunión;

k. resulta inadmisibles la penalización *per se* de las demostraciones en la vía pública, cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión;

l. el principio *pro persona* (o *pro homine*), impuesto por la naturaleza misma de los derechos humanos, obliga a interpretar extensivamente a las normas que reconocen estos últimos y restricti-

vamente a las que los limitan o restringen. ●

Cita on line: AR/DOC/1514/2016

MÁS INFORMACIÓN

Giménez, César Sebastián, "Derecho de protesta vs. Derecho de tránsito", DJ 28/01/2015, 1.
Barreiro, Gastón E., "La Criminalización de la Protesta Social. ¿Hasta dónde llegará el expansionismo punitivo?", DJ 21/02/2013, 26.

COLUMNA DE OPINIÓN

Patentabilidad vegetal

VIENE DE TAPA

Esta apreciación es totalmente errónea. El art. 6 de la ley 24.481 excluye de la patentabilidad a las plantas en el inc.(g) al mencionar a "toda materia viva".

Indiscutiblemente las plantas integran la categoría de "materia viva" (3).

El decreto reglamentario no innova. Simplemente aporta ejemplos de lo que constituye "materia viva", por cuya razón es incorrecto sostener que modifica la ley y que ello es inconstitucional.

A continuación de la primera pregunta, el autor agrega: "Esto, además, contesta la segunda pregunta sobre si la Ley de Patentes permite la patentabilidad de las variedades vegetales, es decir, si la Argentina optó por una doble protección. Y la respuesta es que la Argentina, desde que esta Ley no prohíbe su patentabilidad, optó por su protección. Si se quiere, esta interpretación se refuerza porque en el reglamento de la Ley de Patentes no las prohíbe tampoco, tal como lo hace con las plantas".

Sobre este particular destaco que Argentina adhirió al Acta UPOV78, cuyo texto prohíbe la doble protección. Su artículo 2.1, al referirse a las formas de protección, establece que todos los Estados del Unión, cuya legislación admita la protección de ambas formas, deberán aplicar solamente una de ellas en un mismo género o en una misma especie botánica (4).

Sin contradecir norma alguna del Convenio, la Argentina decidió prohibir en forma implícita la patentabilidad de variedades vegetales, con lo cual la única forma de protección para éstas es la que surge de la ley 20.247 y el decreto 2183/91.

La tercera pregunta que se formula el autor es sobre "si son patentables otras invenciones en el ámbito vegetal, que no sean plantas o variedades vegetales tal como en tantos casos se ha admitido, pero que las sentencias en comentario y el Dr. Bergel niegan. Para que haya claridad en este tema, me refiero a la patentabilidad siempre que se reúnan los requisitos que fija la ley, que son los de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Cabe la misma observación recién dada, la Ley de Patentes no las prohíbe. Tampoco hay en el reglamento una prohibición expresa, y no podría legalmente haberla".

En el caso de autos, a estar de lo transcrito en la sentencia, la parte actora solicitó una

patente que tituló "expresión de la sacarosa fosforilasa" en la cual reivindicaba tres "inventos": a) un método para producir plantas transgénicas; b) moléculas de ADN recombinante de doble cadena que habían de ser incorporadas a la planta para su transformación; c) células vegetales modificadas por tales moléculas." Según lo expresó la actora, la planta que se genera a partir de ello adquiere la propiedad de llevar un contenido de carbohidrato modificado y un aumento de polisacáridos".

Esta "invención" conduce a una planta completa. El INPI lo aclaró: "las células transformadas genéticamente tenían la aptitud de generar una planta completa".

Sin desconocer esta circunstancia, y concibiendo que cada paso configurara una "invención", el principio fundamental de unidad de la invención que consagra el artículo 17 de la ley 24.481 sería desconocido, a lo que cabe agregar que cada paso independiente carecería de la correspondiente "aplicabilidad industrial".

Tal como lo expresamos anteriormente, el objeto de una invención debe ser producible industrialmente para satisfacer necesidades humanas *en forma directa e inmediata* (5).

Finalmente, el autor agrega una cuarta pregunta: "de acuerdo a lo establecido en el

ADPIC, ¿podría una ley derogar la patentabilidad de todo aquello que está en el ámbito vegetal y dejar como única protección lo que da la ley de creaciones fitogenéticas? La respuesta —agrega— es no. Como ya señalé, lo que dice ese artículo es que los países se obligan a dar la protección por los sistemas mencionados a las "variedades vegetales". Sólo se habla de variedades vegetales. En ninguna parte se dice que las demás invenciones en el ámbito vegetal puedan ser excluidas de la patentabilidad o sometidas a algún régimen especial".

Aquí cabe reiterar:

a) que el acuerdo de los ADPIC sólo ingresa en las legislaciones nacionales para tornar exigibles un conjunto de principios mínimos. Observados estos principios, cada Estado dispone de amplia libertad para establecer las normas que considere convenientes. Las legislaciones de patentes no han perdido en función del acuerdo su carácter nacional.

b) La prohibición de patentar variedades por parte de nuestro país es inobjetable y —reitero— lo que pretendió la solicitud de patentes que motivó la sentencia referida era proteger "una variedad vegetal" (no patentable). ●

Cita on line: AR/DOC/1598/2016

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BERGEL, Salvador D., "Una sentencia destacable sobre patentabilidad vegetal", LA LEY, 2016-B, 92, AR/DOC/735/2016.

(2) OTAMENDI, Jorge, "Sobre la patentabilidad de inventos en el reino vegetal. Una réplica", LA LEY, 2016-B, 546, AR/DOC/1131/2016.

(3) *Materia viva*: célula o conjunto de células libres u organizadas que tienen la capacidad de metabolizar y con capacidad de crecer (aumento de masa, replicación, diferenciación, excitabilidad, entre otros). El límite inferior de la materia viva es la célula (*Directivas de examen de patentes del INPI del 10/12/03*)

(4) La protección por vía de patentes tiene carácter

general, mientras que por vía de *obtencciones vegetales* tiene carácter especial, por lo que concluimos que no es patentable una invención que tomada en sí sea una verdadera *variedad vegetal*, ya que ésta tiene su régimen singular, específico, y apropiado, por medio de las obtenciones vegetales (SOLER LERMA, S., "Presupuesto de registrabilidad de las obtenciones" en AMAT - LLOM-

BART, P. (Coord.) *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.142.

(5) BERGEL, S.D., en Correa-Bergel-Kors, *Régimen Legal de las patentes de invención*, t. 1, p.213.

BIBLIOGRAFÍA



Título: Tratado de Derecho Constitucional
Autor: Miguel Ángel Ekmekdjian. Pablo Luis Manili (Actualizador)
Editorial: AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016 (5 tomos).

una pauta para ordenar la exposición, porque supera ampliamente el mero comentario de cada norma y la extensión que habitualmente tienen las constituciones comentadas. En efecto, basta mencionar que, en el tomo 1º se dedican 625 páginas sólo a los artículos 1 a 14 de la Constitución. Ello da una pauta de la extensión y profundidad del análisis.

A cada artículo el autor, además de dedicarse a la norma constitucional, ahonda en tres aspectos más:

a) El desarrollo legislativo que cada norma tuvo, incluyendo, en algunos casos, la transcripción completa de las leyes. Pero tampoco se agota el tema con la mera referencia o transcripción de la ley pertinente, sino que además la comenta y critica. Al mismo tiempo, señala las lagunas u omisiones constitucionales sobre las cuales el legislador se sigue demorando en dictar las leyes necesarias y

hasta transcribe varios proyectos de ley que el autor oportunamente confeccionara a pedido de algunos legisladores.

b) Se ocupa de los antecedentes doctrinarios de cada norma. En este punto queremos hacer mención de una particularidad de esta obra: tanto el autor y como quien la actualizado citan las opiniones de los autores más antiguos de la materia (Florentino González, Amancio Alcorta, Joaquín V. González, Manuel Montes de Oca) y los más recientes (Germán Bidart Campos, Jorge Vanossi y Néstor Sagüés); y

c) La jurisprudencia de la Corte Suprema que aplicó la norma bajo estudio, transcribiendo, al final de cada capítulo, la parte más importante de casi todos los fallos existentes en cada materia.

A esos tres elementos: ley, doctrina y jurisprudencia, se suma la opinión del autor siem-

pre profunda, seria, meditada y al mismo tiempo clara y valiente. Ekmekdjian no da rodeos para decir lo que piensa (como tampoco lo hace Manili), no matiza ni edulcora sus opiniones: las vierte con todas las letras, lo cual enriquece los textos a la vez que suscita interesantes debates en cada punto. También es de destacar la coherencia del autor en todas sus opiniones: en las casi 3500 páginas del libro no se advierte una sola contradicción. Incluso en algún caso hasta reconoce haber modificado la opinión que había vertido en obras anteriores.

A lo largo de toda la obra se advierte la vocación republicana y democrática de Miguel Ekmekdjian y de Pablo Manili, sus interpretaciones siempre surgen de la aplicación del principio *pro homine* sin temer que ellas se manifiesten "en contra" del poder. Ello gracias a una hermenéutica restrictiva en relación con las facultades de los órganos del

Acaba de publicarse la tercera edición del "Tratado de Derecho Constitucional" de Miguel Ángel Ekmekdjian, actualizada por Pablo Luis Manili.

Se trata de una obra en cinco tomos, escrita con el método de una constitución comentada, pero a diferencia de otras obras que utilizan este método, aquí el análisis de cada artículo de la ley fundamental es sólo

Estado, a fin de que éstas no interfieran con los derechos fundamentales. Esa puja permanente entre el Poder y la Libertad (que Ekmekdjian ya había analizado previamente en su libro *Meditaciones sobre la República, el Poder y la Libertad*, Depalma, 1984) es representada gráficamente por dos vectores de sentido opuesto, en un equilibrio tal que si crece uno, lo hace a expensas del otro y viceversa.

P → ← L

La actualización ha sido hecha con mucho cuidado y respeto, procurando no alterar el original. Hasta se ha tomado la precaución de colocar en letra más pequeña los párrafos agregados, para que el lector distinga la pluma del autor de la de quien ha hecho la actualización. Nuestro autor, el querido profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, fallecido en el año 2000, no necesita presentación: fue uno de los más destaca-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Fallos 311:2497 y La Ley 1989-C:482 con nota de Beatriz Alice.

(2) Fallos 315:1492.

dos profesores de derecho constitucional de nuestro país; sólo cabe decir que fue titular de cátedras en la UBA y en la UCA durante muchos años, discípulo de Germán Bidart Campos.

Escribió una cantidad de libros, entre los cuales cabe destacar: *Análisis pedagógico de la Constitución Nacional, Temas constitucionales, Anteproyecto de Constitución nacional, Hacia la República latinoamericana, Manual de la Constitución argentina, Derecho a la información, Introducción al derecho comunitario; Hábeas data*; etc.

Pero además de su rol docente y sus aportes doctrinarios, fue un verdadero ciudadano de la República, que defendió la Constitución a cada paso:

a) Cuando el ex presidente Arturo Frondizi afirmó en el programa de Bernardo Neustadt que la Patria está por encima de la Constitución, accionó judicialmente pidiendo ejercer el derecho de réplica que prevé el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, el cual lamentablemente le fue negado en el conocido fallo “*Ekmekdjian c/ Neustadt*” (1) de 1988. Recordemos que la Corte consideró que esa norma no era operativa y que hasta tanto el

Congreso sancionara una ley reglamentándolo, no podía ser aplicado.

b) Poco tiempo después cuando el escritor Dalmiro Sáenz afirmó en el programa de Gerardo Sofovich que la Virgen María no era virgen, el maestro Ekmekdjian hizo un planteo similar, en representación de un colectivo: la grey católica. Ello motivó el fallo “*Ekmekdjian c/Sofovich*” (2) de 1992, donde no sólo se hizo lugar a la operatividad del derecho de réplica, sino que también se abrió el camino a la legitimación de uno de los afectados en un amparo colectivo (en el cual se ventilaban derechos que 17 años más tarde la Corte denominaría “de incidencia colectiva, relacionados con intereses individuales homogéneos”) y a la jerarquía de los tratados internacionales por encima de las leyes (ambos institutos consagrados por el constituyente de 1994 en los arts. 43 y 75 inciso 22, Const. Nacional). Pocos profesores argentinos han dejado una huella tan profunda con su obrar fuera de las aulas, como Ekmekdjian.

Pablo Luis Manili tampoco necesita presentación alguna; sin embargo queremos destacar que es uno de los autores más prolíficos de nuestro Derecho Constitucional, al cual ha hecho importantes aportes, tales

como los contenidos en sus libros *El Bloque de Constitucionalidad, Establecimientos de Utilidad Nacional, Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema. La Seguridad Jurídica y Teoría Constitucional* (que tuvo el gusto de prologar), entre otros. A la vez, ha coordinado las obras colectivas más importantes de los últimos tiempos en nuestra materia: la *Constitución de la Nación Argentina. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial* (Hammurabi, 2010 a 2016, dirigida por el suscripto) a lo largo de 4 tomos en los que participan 150 autores; su *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* (en 3 tomos) (LaLey, 2010), en el cual escriben más de 40 profesores; y el monumental *Máximos Precedentes. Derecho Constitucional*, en 4 tomos (LaLey 2014), donde escriben 60 autores, entre otros varios.

En definitiva, la obra constituye un aporte fundamental para la ciencia del derecho constitucional. Celebramos que, después de casi dos décadas de su primera edición, los estudiosos de la materia y los abogados en general puedan contar con este libro, actualizado.

Daniel Alberto Sabsay

Cita on line: AR/DOC/1561/2016



JURISPRUDENCIA

Entidades financieras

Facultad de los bancos de proceder al cierre de cuentas corrientes. Cumplimiento de requisitos formales. Preaviso. Rechazo de la prohibición de innovar promovida por el cliente. Inexistencia de abuso del derecho. Recepción de normas en el Código Civil y Comercial.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: La accionante dedujo recurso de apelación contra la sentencia que denegó la medida cautelar aplicada sobre la decisión de un banco de cerrar su cuenta corriente. La Cámara confirmó el desisorio.

La prohibición de innovar que ordena a un banco dejar sin efecto el cierre de la cuenta corriente del accio-

nante debe rechazarse, pues le asiste al demandado esa facultad con el solo cumplimiento de los requisitos que le impone la ley orientados a evitar perjuicios innecesarios al cliente, otorgándole un preaviso suficiente de diez días (art. 792, Código de Comercio; art. 1404, Código Civil y Comercial), sin que se encuentre demostrado que el ejercicio de tal prerrogativa haya sido abusivo (art. 1071, Código Civil derogado; art. 10, Código Civil y Comercial).

119.237 — CNCom., sala D, 18/02/2016. - Asociación Mutual PROPYME c. Banco de la Nación Argentina s/ medida precautoria.

Cita on line: AR/JUR/281/2016

! COSTAS

Sin costas, por no mediar contradictor.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 18 de 2016.

1. Asociación Mutual Propyme apeló subsidiariamente la resolución dictada en fs. 23/24, mediante la cual el juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada en fs. 16/20 (“prohibición de innovar”), orientada a que se ordene al Banco de la Nación Argentina a dejar sin efecto el cierre de su cuenta corriente nº ...

Su recurso de fs. 26/32, presentado en los términos del art. 248 del Cpr., fue concedido en fs. 33:2.

La pretensora se agravia, en prieta síntesis, porque considera que el magistrado anterior analizó indebidamente las constancias de la causa y basó su decisión en fundamentos equivocados.

2. La “prohibición de innovar” constituye una medida cautelar que procura impedir la alteración de la situación de hecho o de dere-

cho existente al tiempo en que se la decreta. Se dirige, de ese modo, a que las partes no aprovechen el lapso de tramitación del juicio para crear dificultades que tornen inocuo o ineficaz el pronunciamiento judicial; y halla sustento en las garantías constitucionales de la defensa en juicio e igualdad ante la ley (arts. 16 y 18, CN).

En tal sentido, el art. 230 del Cpr. establece que la prohibición de innovar puede decretarse en toda clase de procesos siempre que: “1) el derecho fuere verosímil, 2) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara (...) la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible y, 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria”.

Sentado ello, corresponde señalar que —en el caso— la recurrente basó su

CONTINÚA EN PÁGINA 6



NOTA A FALLO

La autonomía de la voluntad en el contrato de cuenta corriente

SUMARIO: I. El fallo que se comenta. — II. La facultad de cerrar la cuenta corriente por decisión unilateral. — III. El abuso como límite al ejercicio de un derecho. — IV. Nuestra opinión. — V. Reflexión final.

Máximo J. Bomchil

I. El fallo que se comenta

Una entidad financiera, en ejercicio del derecho previsto por el inc. a) del art. 1404 del Código Civil y Comercial, notificó a uno de sus clientes su decisión de cerrar la cuenta corriente que tenía abierta en esa entidad.

Disconforme con la decisión, el cliente solicitó a la justicia el dictado de una medida de no innovar, ordenando a la entidad financiera dejar sin efecto el cierre de la cuenta corriente. El pedido del cliente se fundó en que la decisión de la entidad financiera era arbitraria, ya que habría abusado de su posición dominante en el mercado, y que el cierre

afectaría algunas de sus operaciones, tales como los pagos de haberes y a los acreedores.

La medida cautelar fue denegada en primera instancia. La Cámara confirmó la denegatoria, con fundamento en que es facultad de las entidades bancarias cerrar las cuentas de sus clientes en la medida que se cumplan con los requisitos establecidos por la ley y que la actora no había acreditado que la entidad financiera haya ejercido esa

facultad en forma abusiva. Según la Cámara, tampoco se encontraba acreditado que el cliente estaba imposibilitado de abrir una cuenta corriente en otra entidad financiera, de manera que sus operaciones no fueran afectadas.

II. La facultad de cerrar la cuenta corriente por decisión unilateral

Al igual que lo hacía el art. 792 del Código de Comercio derogado, el art. 1404, inc. a)

CONTINÚA EN PÁGINA 6

VIENE DE PÁGINA 5

pretensión en la supuesta arbitrariedad del cierre de la cuenta por parte del Banco Nación, quien -a su criterio- estaría abusando de la posición dominante que detenta en el mercado.

3. En el contexto precedentemente expuesto, debe comenzar por señalarse que cuando se trata de un contrato de cuenta corriente, al Banco le asiste la facultad de cerrarla con el sólo cumplimiento de los requisitos que le impone la ley, orientados a evitar perjuicios innecesarios al cliente, otorgándole -entre otros aspectos- un preaviso suficiente de diez (10) días (art. 792, Cód. Comercio; art. 1404 y cc., Cód. Civ. y Comercial).

Claro que el ejercicio de una facultad o prerrogativa legal puede hallarse, según las circunstancias de cada caso concreto, reñido con el ordenamiento jurídico, debido -por ejemplo- al abuso que la ley prohíbe (art. 1071, Cód. Civil y art. 10, Cód. Civ. y Comercial). Mas, en la especie, esa abusividad no se encuentra demostrada, ni puede inferirse o presumirse de la documental anejada -en copias simples- por la pretensora (art. 386, Cpr.).

Nótese que en la carta documento copiada en fs. 5, el Banco Nación comunicó las circunstancias concernientes al cierre de la cuenta corriente de la actora y cumplió, apriorísticamente al menos, con las formalidades que le impone la ley. De manera que no es posible, en este estado incipiente del proceso, admitir la medida pretendida.

Es que, por lo demás, la pretensora no ha acreditado -cuanto menos sumariamente- que medie una imposibilidad de acudir a otra institución bancaria para efectuar (mediante la utilización de una cuenta diferente ya abierta o una que puede eventualmente abrirse) las operaciones que -según dice- se verían afectadas por el cierre de su cuenta en el Banco Nación, tales como el pago de haberes y de acreedores, entre otros.

Estima la Sala entonces que, en el estrecho marco cognoscitivo que la ley ritual impone al tratamiento de las medidas cautelares como la que nos ocupa (arts. 195, 230 y cc., Cpr.), la prohibición de innovar requerida no puede ser admitida (esta Sala, 01/10/2013, "Ríos, Sergio F. c. Banco Santander Río S.A. s/medida precautoria").

En tales condiciones, y con prescindencia de lo que pueda resolverse con ulterioridad si las circunstancias de hecho o de derecho varían, la decisión de primer grado debe confirmarse.

4. Por los fundamentos hasta aquí expuestos, se resuelve: Rechazar la pretensión recursiva de fs. 26/32; sin costas por no mediar contradictor.

5. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia (ley 26.856 y Acordadas 15 y 24/13) y devuélvase la causa, confiándose al magistrado *a quo* las diligencias ulteriores (art. 36:1º, Cpr.) y las notificaciones pertinentes. Es copia fiel de fs. 46/47. — Juan J. Dieuzeide. — Gerardo G. Vassallo. — Pablo D. Heredia.

VIENE DE PÁGINA 5

del Código Civil y Comercial establece que cualquiera de las partes puede rescindir el contrato de cuenta corriente, mediante una notificación fehaciente con 10 días de anticipación (1).

Esta posibilidad de rescisión unilateral responde a un principio de derecho común para todos los contratos de ejecución continuada carentes de plazo, que pueden ser resueltos por las partes en cualquier momento (2). En razón de ello, la doctrina es pacífica al interpretar que este plazo puede ser ampliado o reducido por las partes de común acuerdo (3).

Como bien ha reconocido la jurisprudencia, la potestad de resolver el cierre de una cuenta corriente bancaria constituye una materia en la que prima la libertad de contratación (4). En realidad, esta facultad es una derivación del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia contractual y que se encuentra reconocido en el art. 958 del Código Civil y Comercial.

III. El abuso como límite al ejercicio de un derecho

En su sentencia, la Cámara reconoce que en determinados casos particulares el ejercicio de un derecho puede ser contrario al ordenamiento jurídico por configurarse un supuesto de "abuso del derecho".

En este sentido, al igual que lo hacía el art. 1071 del Código Civil derogado, el art. 10 del Código Civil y Comercial establece que "...la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

El nuevo Código aclara, además, que los jueces "debe[n] ordenar lo necesario para

evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización" (art. 10, último párrafo) y que las normas vinculadas al ejercicio de los derechos y al abuso de derecho son aplicables "cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales" (art. 11).

La más destacada doctrina civilista entiende que la ley establece una doble directiva para establecer cuándo existe un ejercicio abusivo de un derecho. La primera es cuando se ejerce el derecho "contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado". La segunda directiva es cuando el derecho se ejerce excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (5).

Tradicionalmente el abuso del derecho fue considerado como un factor objetivo de atribución de responsabilidad que convierte en ilícito el acto desde que el juez lo valora como tal (6). Sin embargo, de conformidad con los principios generales, el derecho a indemnización sólo procede cuando existe un factor subjetivo de responsabilidad (culpabilidad), salvo que resulte de aplicación un supuesto de responsabilidad objetiva (arts. 1757 y 1973 y ccds., CCyC) (7).

Si bien antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial los jueces ya tenían la facultad de dictar medidas para prevenir el ejercicio abusivo de derechos (arts. 230 y 232, CPCCN), esta facultad se encuentra expresamente reconocida en el nuevo Código, que en el último párrafo de su art. 10 establece que los jueces "debe[n] ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva".

IV. Nuestra opinión

Consideramos que tanto el análisis efectuado por la Cámara como la solución a la que arriba en el fallo que se comenta son correctos.

Entendemos que la decisión es correcta porque ratifica la jurisprudencia mayoritaria de que no corresponde, como principio, ordenarle a una entidad financiera que notificó su decisión unilateral de cerrar una cuenta corriente de un cliente mantenerla abierta porque importaría disponer la vigencia de un contrato en contra de la voluntad de uno de los contratantes (8).

La facultad de rescisión unilateral es de suma importancia en el contrato de cuenta corriente que tiene como uno de sus pilares fundamentales a la confianza y buena fe recíprocas que se tienen los contratantes (9). Por lo tanto, una decisión en sentido contrario hubiese importado una indebida afectación a la libre disponibilidad que prima en materia contractual, no sólo contrariando lo dispuesto por el art. 958 del Código Civil y Comercial, sino también lo dispuesto por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional (10).

La decisión de la Cámara es también acertada en el sentido que descarta la existencia de un ejercicio abusivo del derecho de rescisión unilateral por parte de la entidad financiera.

No debe perderse de vista que la jurisprudencia es pacífica al entender que la doctrina del abuso de derecho debe ser aplicada en forma restrictiva, que sólo debe utilizarse cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo del acto, ya que de lo contrario se afectaría el principio de autorregulación contractual sin que medien razones para hacerlo (11). Por lo tanto, es quien invoca la existencia de un supues-

to ejercicio abusivo de un derecho el que tiene la carga de acreditar tal circunstancia (12).

En este caso, no pareciera que al ejercer su derecho a cerrar la cuenta corriente de su cliente la entidad financiera haya contrariado el objeto, el espíritu y la finalidad de la norma que le otorga la facultad de hacerlo, ni que haya desviado el destino de esa facultad. Por el contrario, la entidad financiera ejerció su derecho con la finalidad para el que fue creado: no obligar a mantener *sine die* la vigencia de un contrato en contra de la voluntad de alguna de las partes. Tampoco pareciera que la facultad haya sido ejercida en forma contraria a la moral y buenas costumbres.

Por lo tanto, coincidimos al entender que habiendo sido ejercido un derecho legalmente previsto sin violar ningún acuerdo en sentido contrario, sin desviar la finalidad normal del derecho ni en forma contraria a la moral y buenas costumbres, o con intención de dañar a la otra parte, no corresponde que se reputa como abusivo el ejercicio de tal derecho (13).

En este sentido, debe destacarse que además de señalar que de la documentación acompañada por la actora surgía que la entidad financiera había comunicado a su cliente las circunstancias concernientes al cierre de la cuenta, la Cámara agregó que no se encontraba acreditado que la peticionante se haya encontrado imposibilitada de acudir a otra entidad financiera para realizar las operaciones que no podría hacer con la cuenta cerrada. Con ello queda descartado que la decisión del banco habría importado un ejercicio abusivo de su posición dominante.

Si bien el fallo no lo menciona en su análisis, entendemos que la medida cautelar solicitada de prohibición de innovar también debió haber sido rechazada, aun cuando

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre la regulación del contrato de cuenta corriente en el Código Civil y Comercial de la Nación véase: RIBERA, Carlos E., "Contratos de cuenta corriente bancaria y caja de seguridad en el nuevo Código", LA LEY, 2015-C, 1139; SCOCCIA, Sebastián, "La cuenta corriente bancaria en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2016 (mayo), 71; BARREIRA Delfino, "Contrato de cuenta corriente en el Código Civil y Comercial", *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos en particular 2015* (abril), 205.

(2) FERNÁNDEZ, Raymundo L. - GÓMEZ LEO, Osvaldo R., "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial", Depalma, 1997, t. III-D, 2ª ed., p. 349.

(3) GOTLIEB, Verónica - ALONSO, Daniel Fer-

nando, "Cuenta Corriente Bancaria en ROULLIÓ, Adolfo A. N. (dir.), ALONSO, Daniel F. (coord.) en *Código de Comercio comentado y anotado*, (comentario a los arts. 792 y 793), La Ley, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 330; AICEGA, María Valentina - GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tratado Exegético*, (comentario al art. 1404), Buenos Aires, La Ley, 2015, t. VII, p. 132.

(4) CNCCom., Sala F, "Viñas del Lago S.A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/medida precautoria", del 29/05/14, LA LEY, 2014-E, 132.

(5) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, 19ª ed., t. II, ps. 163/164. En el mismo sentido, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de

la Responsabilidad Civil", Abeledo-Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 470.

(6) BUSTAMANTE ALSINA, J., *loc. cit.*, p. 470.

(7) ALTERINI, Atilio Aníbal, "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", Abeledo-Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, ps. 739/740.

(8) CNCCom., sala F, "Cooperativa de Crédito y Vivienda para Consumo Siembra Ltda. y otros c. Banco Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 20/11/14, LA LEY Online: AR/JUR/78853/2014; Sala D, "Asociación Mutual Troopea c. HSBC Bank Argentina s/medida precautoria", del 27/05/2011, LA LEY Online: AR/JUR/29312/2011; Sala A, "Ferrara, Gustavo c. Banco de la Provincia de Buenos Aires", del 21/09/06, DJ 2007-I, 716; entre muchos otros.

(9) CNCCom., Sala F, "Viñas del Lago S.A. c. Ban-

co de Galicia y Buenos Aires S.A.", LA LEY, 2014-E, 132.

(10) MAZZINGHI, Marcos, "La naturaleza de la actividad bancaria. A la luz de un fallo elogiado", LA LEY, 2014-E, 133.

(11) CNCCom., Sala B, "Tecnocom San Luis S.A. c. El Cobre S.A.", del 18/10/91, LA LEY, 1993-A, 563; Sala B, "Bull S.A. c. Fábrica Argentina de Aparatos de Seguridad Eléctrica S.A.", del 05/05/89, LA LEY, 1989-E, 447.

(12) CNCiv., Sala E, "Siniawski, Alejandro R. c. Constructora Galante S.A.", del 21/03/95, LA LEY, 1995-E, 266; Sala B, "Spada de Makintach, Susana c. Tonelli, Carlos", del 07/04/87, 1989-A, 414.

(13) CNCiv., Sala E, "Siniawski, Alejandro R. c. Constructora Galante S.A.", del 21/03/95, LA LEY, 1995-E, 266.

la parte actora hubiese acreditado la configuración de todos los requisitos para su procedencia (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora e inexistencia de otras medidas para obtener la cautela).

Ello, en virtud de que como principio, la obligación que impone la medida de no innovar es de “no hacer” (no modificar la situación litigiosa), resultando inadmisibles cuando supera la mera intención conservatoria prevista por la ley, ya que se otorgaría a la otra parte una ventaja desmedida frente a un proceso pendiente (14).

Por lo tanto, no corresponde que sea dictada una medida cautelar de no inno-

var en el marco de un contrato de ejecución continuada (como lo es el contrato de cuenta corriente bancaria), ya que a través de ella se perseguiría la ejecución coactiva de un contrato (15), cuyo incumplimiento incluso podría traer aparejadas consecuencias penales para el demandado (16).

V. Reflexión final

No caben dudas que durante los últimos años nuestro país transitó un contexto jurídico, económico y político en el que entró en crisis la concepción clásica del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares fundamentales del derecho privado.

Esta crisis no sólo se vio reflejada en normas y proyectos legislativos en materia financiera que tuvieron por objeto la imposición de líneas de inversión productiva a tasas de interés inferiores a las de mercado y en intentar calificar a la actividad bancaria como un “servicio público” (17), sino también en la incorporación de normas a la legislación civil y comercial que afectan en forma desmedida la autonomía de la voluntad en todos los ámbitos.

En este sentido, no puede perderse de vista que el Código Civil y Comercial, a pesar de lo establecido por los arts. 958, 960 y 965, contiene normas que importan (o pueden hacerlo, al menos) una severa restricción a la autonomía de la voluntad, tales como la

facultad del deudor de una obligación en moneda extranjera de desobligarse entregando moneda de curso legal (art. 765), el art. 1011, que en los “contratos de larga duración” obliga a la parte que decide la rescisión darle a la contraparte “la oportunidad razonable de renegociar de buena fe”, el art. 1656, que al regular el contrato de arbitraje, limita en forma poco clara la posibilidad de renunciar a la impugnación el laudo definitivo y las normas que regulan los contratos de agencia, concesión, distribución y franquicia (arts. 1479 a 1524) que regulan cuestiones que históricamente han estado libradas a la autonomía de la voluntad de las partes, entre otras.

En este contexto, no puede sino ser bienvenido y celebrado un fallo que reafirma la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. ●

{ NOTAS }

(14) CNCom., Sala A, “Manufactura de Tabacos Imparciales S.A. c. Lorillard a Division of Loew’s Theatres Inc. y otra”, del 07/10/80, ED 91-805.

(15) CNCom., Sala A, “Maggio, Adolfo I. c. Refresco del Norte S.A.”, del 30/03/88, LALEY, 1989-A, 197.

(16) PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”,

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, p. 189.

(17) Al respecto, véase MAZZINGHI, Marcos, “La naturaleza...”, *cit.*, LALEY, 2014-E, 135.

Cita on line: AR/DOC/1613/2016

Delitos contra la seguridad de los medios de transporte

Pasajera con tratamiento VIP. Viaje dentro de la cabina de un avión por invitación del piloto. Uso de teléfono celular durante el vuelo. Procesamiento por el delito previsto en el art. 190 del Cód. Penal. Amenaza para la seguridad de los usuarios.

Hechos: Una usuaria de una aerolínea fue invitada, en carácter de pasajera VIP, a permanecer dentro de la cabina de un avión durante el vuelo. Asimismo, habría registrado varias imágenes en su teléfono celular y enviado mensajes instantáneos durante el despegue y el aterrizaje. El juez procesó a aquella, al piloto y al copiloto por el delito previsto en el art. 190 del Cód. Penal. La Cámara confirmó el decisorio.

El piloto y el copiloto de una aeronave y una pasajera que fue invitada por éstos a permanecer en el interior del *cockpit* durante todas las etapas de un vuelo deben ser procesados por el delito previsto en el art. 190 del Cód. Penal, pues los comportamientos asumidos por ellos infringieron las disposiciones de seguridad, en especial aquellas relativas a la noción de “cabina estéril”, y conformaron una amenaza para la seguridad del avión, aun cuando no se produjeron daños a la tripulación.

119.238 — CNFed. Crim. y Correc., sala I, 29/03/2016. - Z., P. y otros s/ atentado contra la seguridad de una aeronave.

Cita on line: AR/JUR/8757/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 29 de 2016.

Considerando: I. Llega la presente incidencia al Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los Dres. H. J. P. y P. M. —abogados defensores de F. M. S.— (fs. 962/3); por los Dres. E. R. O. y E. J. O. —quienes asisten a P. Z. M.— (fs. 982/991) y por los Dres. F. A. B. y F. R. A.— en representación de V. J. X.— (fs. 974/981), contra la resolución dictada el día 11 de noviembre de 2015 por el Dr. S. G. T., titular del Juzgado N° 12 de este fuero (fs. 912/60), a través de la

cual dispuso decretar el procesamiento sin prisión preventiva de los imputados por considerarlos, en principio, coautores penalmente responsables en orden a haber ejecutado, a sabiendas, actos que pusieron en peligro la seguridad de una aeronave (arts. 45 y 190 del CP y arts. 306 y 310 del CPPN).

La defensa de V. J. X. atacó también por esa vía el monto fijado por el juzgador en concepto de embargo, establecido en la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000).

II. Resolución de mérito impugnada.

Conforme surge del auto de procesamiento, se atribuye a Z. M., S. y X. haber ejecutado, a sabiendas, distintos actos que pusieron en peligro la seguridad de la aeronave EMBRAER 190, matrícula... perteneciente a la empresa “Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur S.A.”, en ocasión de desarrollarse el vuelo AU 2708, que partió a las 18:30 horas del día 22 de junio de 2015 desde el aeropuerto metropolitano Jorge Newbery, con destino a la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

Luego de detallar el conjunto de acciones y omisiones que conformaron la intimación dirigida a los imputados en el marco de las indagatorias (apartado I), el juez valoró en su resolución las normas reglamentarias aplicables vinculadas a la seguridad del transporte aéreo, contenidas en el Manual de Operaciones de “Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur S.A.” (MOE) como en las Regulaciones Argentinas de Aviación Civil (RAAC).

Al analizar la primera de las normativas, se detuvo principalmente en las disposiciones relativas a las obligaciones y facultades específicas del Comandante y Copiloto (Capítulo III, Secciones 14 y 15) como también a los procedimientos generales vinculados con la noción de “cockpit estéril”, dirigidos a “(...) evitar las interferencias y distracciones producidas por comunicaciones, conversaciones o actividades de los tripulantes del *cockpit* que no estén relacionados con el desarrollo y seguridad del vuelo (...)” (Capítulo VI, Sección 9).

También valoró las normas de seguridad que prohíben el uso de aparatos de telefonía celular que no se encuentren en “Modo vuelo-Modo avión”, desde el comienzo del rodaje a la pista para el despegue hasta que la aeronave abandona la pista posterior al aterrizaje (Capítulo VII, parte D —condiciones para el transporte de pasajeros— 1.16), y las concernientes a las condiciones para la admisión de

personas ajenas a la tripulación en la cabina por parte del Comandante, como autoridad máxima (Capítulo VII, parte D, Sección 3). En conexión con este último tópico, destacó la disposición que establece el deber del Comandante de informar a las personas que circunstancialmente fueron admitidas las diversas reglas de seguridad y, en especial, la obligación de entregar la cartilla de *briefing* al ocupante del *jumpseat*.

Otra de las cuestiones que especialmente fueron abordadas por el juzgador en su pronunciamiento fue el concepto de “conciencia situacional”, al que definió como el conocimiento por parte de los pilotos de la información correcta, en el momento oportuno, para poder reaccionar de un modo apropiado y evitar errores críticos. Al respecto, el *a quo* puso énfasis en la “distracción” como uno de los factores que suele traer aparejada una disminución de la conciencia situacional (Capítulo VIII, Parte B).

Se refirió también a las premisas que deben guiar la comunicación entre la tripulación de vuelo y el *Air Traffic Control* (ATC —Control de Tráfico Aéreo—), como ser el uso de fraseología estándar en todo momento, el mantenimiento de la “cabina estéril” y la obligación de evitar acciones no esenciales mientras se establece comunicación con el ATC.

En lo que hace a las RAAC, también referidas a las buenas prácticas relacionadas con la seguridad, mencionó particularmente algunas disposiciones que determinan que el Comandante es el responsable de la seguridad de los tripulantes, pasajeros, la carga y el avión, y que prescriben que ningún piloto debe actuar en forma negligente o temeraria, de modo de poner en peligro la vida o bienes propios o ajenos (RAAC 121.533, “d” y “f”). Asimismo, hizo alusión a aquella regla que reconoce la autoridad del piloto para excluir de la cabina a cualquier persona en beneficio de la seguridad de la operación (RAAC 121.547).

Luego de reseñar el marco normativo aplicable, el juez de grado tuvo por probado que V. J. X. permaneció en el interior del *cockpit* durante todas las etapas del vuelo, incluyendo las fases críticas, y en exceso, incluso, de su reconocimiento como pasajera VIP. Ello, a partir de la invitación cursada por el Comandante Z. M. y con la aquiescencia del copiloto S.

A su vez, consideró acreditado que X. registró con su teléfono celular desde el ins-

tante mismo en que la aeronave se puso en marcha y comenzó el rodaje previo al despegue, hasta que se materializó el aterrizaje, contraviniendo las normas que regulaban la utilización de ese tipo de dispositivos y pasando por alto la necesidad de evitar cualquier tipo de distracción para los tripulantes, principalmente durante las etapas críticas. En este punto, estimó relevante la información aportada por la empresa AMX Argentina S.A. y aquella surgida del peritaje técnico desarrollado en autos, que indicaba que el teléfono había transmitido datos (es decir, había utilizado la red móvil) y había usado la aplicación *Whatsapp* en momentos inmediatos al despegue y aterrizaje.

El ingreso de X. a la cabina de mando con su teléfono celular y con un par de guantes quebrantó a criterio del juez las disposiciones reglamentarias que desaconsejaban la presencia de objetos sueltos en el *cockpit* como forma de evitar incidentes (MOE, Capítulo VI, Parte B, Sección 9, art. 9.13). Asimismo, puso de resalto el tenor y la intrascendencia de los diálogos mantenidos entre los imputados dentro de la cabina durante las etapas más sensibles del vuelo, e incluso en ocasión de realizarse el chequeo de seguridad previo al despegue y al momento de materializarse las comunicaciones con el ATC.

En base a los registros fílmicos tuvo por probado que X. había accionado uno de los comandos del *cockpit*, bajo las directivas de los pilotos y en el preciso momento del despegue de la aeronave, lo cual constituía una infracción a la RAAC 121.545. Al respecto, expresó en su resolución: “En efecto, se observa con claridad cuando la nombrada coloca su mano derecha sobre la palanca de potencia y, al tiempo en que uno de los pilotos indica ‘ahí por ahora’ y ‘ahí aguantá’ (IMG 3858, 00:30); ‘Dale más, ahí soltá’ (IMG 3858, 00:40), ella acciona el comando hacia delante. Incluso, X. requirió el encendido de las luces de la cabina para poder registrar ese momento con claridad en su teléfono, lo que fue gentilmente cumplido por Z. M.”.

El modo en que S. acompañó con su mano izquierda el movimiento de la palanca de aceleración —de costado y sin colocar su mano propiamente sobre el comando— llevó al juez a sospechar sobre la verdadera injerencia que el copiloto pudo haber tenido en la maniobra y la concreta posibilidad de neutralizar un eventual movimiento o reacción inesperada de la imputada.

● VIENE DE PÁGINA 7

Dijo el Magistrado que los resultados arrojados por la inspección ocular realizada el día 15 de octubre de 2015 permitían inferir que la fotografía que luce a fs. 627 había sido tomada por X. en pleno vuelo crucero y sentada en el panel pedestal, de modo que, cuanto menos en ese momento, no tenía colocado su cinturón de seguridad. A su vez, tuvo por comprobado a través de las filmaciones que el Comandante utilizó su propio teléfono celular durante el rodaje del EMBRAER 190 para registrar lo que acontecía en la cabina de mando, más allá de que el aparato posteriormente no pudo ser encontrado.

El juez concluyó que las acciones y omisiones objeto de atribución tuvieron entidad suficiente para generar un peligro concreto para la seguridad del avión, al margen de que en los hechos no se hubiese producido un resultado dañoso. Por esa razón, resolvió procesar a los imputados en orden a los sucesos descriptos, calificando sus conductas a la luz del tipo penal contenido en el art. 190 del CP, en calidad de coautores.

III. Agravios

1) La asistencia técnica de F. M. S. adujo que la resolución no describía el peligro efectivamente corrido por la aeronave ni su vinculación causal con las acciones u omisiones imputadas a su pupilo. El riesgo, desde su óptica, aparecía definido desde el puro subjetivismo del juez.

Por otro lado, señaló que el pronunciamiento omitía considerar la forma regular en que había transcurrido en definitiva el vuelo, lo que hablaba a las claras de la falta de acreditación del requisito típico del peligro concreto. Destacó al respecto lo declarado por los testigos A. M. y M. A. F..

Afirmó que las apreciaciones de X. sobre el modo en que se había desarrollado el suceso no podían tener el menor crédito, ya que no había tenido ninguna intervención o injerencia en el desarrollo del vuelo. A su vez, los letrados destacaron que las filmaciones obtenidas permitían observar la completa conciencia situacional de S. en el despegue, como así también el cumplimiento de todos los protocolos y acciones propias de esa etapa.

Luego intentó refutar cada una de las acciones y omisiones imputadas a su asistido. Cuestionó que el juez no tuviese en cuenta que S. estaba subordinado al mando del Comandante, circunstancia que le impedía realizar cualquier tipo de observación, y puso énfasis en que precisamente era el Comandante la única persona que podía admitir el ingreso a un no tripulante en el *cockpit* (MOE, art. VII.3). Por otra parte, afirmó que la tenencia de un teléfono celular no estaba prohibida en ninguna zona del avión y advirtió, adicionalmente, que S., como Primer Oficial, carecía de motivos y atribuciones para impedir que la pasajera X. detentara su dispositivo particular y lo empleara para tomar vistas fotográficas y filmaciones. Sobre el punto, señaló que no existía prueba que indicara que la utilización de la cámara del equipo hubiese afectado la seguridad del vuelo (los resultados del FDR y del peritaje de fs. 429/46 indicaban que el uso de la cámara no había incidido en los sistemas) ni que demostrara que su empleo no se había producido en la modalidad “avión”.

Las filmaciones demostraban la completa concentración de S. al momento del despegue y el cumplimiento de los procedimientos con plena conciencia situacional, sin que se haya producido, a entender de la defensa, ninguna alteración o interferencia por aquellas conversaciones “no esenciales” referidas en la imputación.

Adujo, por otro lado, que se encontraba debidamente probado en el legajo (prueba testimonial y documental) que el acelerador contaba con un sistema automático de programación anterior al despegue (*Auto Throttle System*), que funcionaba con la previa programación de los parámetros correspondientes, con lo cual la aceleración posterior se producía de manera automática.

A su vez, agregó que era materialmente imposible la desactivación del sistema por accidente o torpeza. En este sentido, negó que X. hubiese operado el avión ya que su mano se encontraba apoyada sobre la de S., siendo éste quien directamente ejerció el control sobre el comando. Indicó al respecto que la ANAC había valorado ese suceso exclusivamente en función de la violación de la “cabina estéril”, mas no como determinante de riesgo para la seguridad de la aeronave.

Por último, afirmó que la pericia realizada en la cabina no sirvió para confirmar lo afirmado por el juez con relación al modo en que habría sido tomada la fotografía que luce a fs. 627 del principal, más allá de que la contingencia igualmente resultó incapaz de poner en riesgo la seguridad del vuelo.

2) Los abogados defensores de P. Z. M. consideraron que las circunstancias apuntadas por el *a quo* en el auto puesto en crisis constituyeron infracciones al concepto de “cabina estéril” que de ninguna manera supusieron un peligro concreto para el vuelo.

Objetaron el criterio de selección de la prueba por parte del juez, el que consideraron arbitrario y recortado. Criticaron, en ese sentido, no sólo la desconsideración del descargo de su asistido, sino también la ausencia de una valoración específica del contenido de la “caja negra”, que daba cuenta de que los pilotos habían observado sus obligaciones con una correcta conciencia situacional y cumpliendo el *Standard Operation Procedure*—SOP— para el EMBRAER 190 de Austral Líneas Aéreas.

Para negar la tipicidad objetiva de la conducta del piloto, efectuaron una diferenciación entre los conceptos de “peligro” y “riesgo”, señalando que este último, utilizado por el juzgador en su resolución, apuntaba a una etapa previa, menos relevante y más imprecisa que la del primero, que exigía un mal más inminente y conectado con la probabilidad cierta de que suceda el incidente. Por lo demás, indicaron que tampoco el dolo directo exigido por la figura se hallaba presente en el caso particular de su pupilo, ya que éste no había obrado a sabiendas de que su accionar generaba algún peligro.

Finalmente, expresaron que la resolución impugnada no explicaba cuál había sido el peligro real y concreto generado por las acciones y omisiones imputadas.

3) La asistencia letrada de V. J. X. sostuvo en audiencia oral los agravios que había expresado al momento de interponer el remedio procesal (fs. 99).

Las objeciones se focalizaron en el carácter prematuro de la decisión y en su fundamentación aparente, vicio este último que impulsó a la parte a catalogarla como un pronunciamiento inválido.

Compartió en lo sustancial los argumentos medulares utilizados por el resto de los impugnantes, principalmente en lo que hace al funcionamiento automático del comando de aceleración y a la intrascendencia del accionar de su asistida en punto a la operación de la aeronave.

Señaló la defensa que la prueba testimonial, documental y pericial demostraba que el avión jamás había corrido un peligro concreto y efectivo en los términos del art. 190

del CP, y más allá de ello, cuestionó que el Magistrado no explicara en su resolución las razones por las cuales consideraba que X. había conocido efectivamente que su conducta constituía el comportamiento descripto por el tipo penal.

Por último, tildaron de infundado, desproporcionado e irrazonable el monto fijado como embargo sobre los bienes y dinero de su pupila. En líneas generales, entendieron que la falta de conexión entre las razones teóricas esgrimidas y el caso concreto impedía a esa parte analizar la procedencia del monto establecido como medida cautelar.

IV. a) Inicialmente debe decirse que los agravios desarrollados por la defensa de X., vinculados con presuntos defectos de fundamentación del fallo que impedirían considerarlo un pronunciamiento jurisdiccional válido, revelan en definitiva una discrepancia con la valoración probatoria realizada por el magistrado de grado, a través de una resolución que se encuentra correctamente fundada.

Es preciso recordar que el carácter restrictivo del régimen de nulidades responde a la necesidad de aventar retrogradaciones inútiles del proceso e incluso contraproducentes para el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable. En función de ello, corresponde rechazar el planteo realizado, por cuanto consideramos que las cuestiones señaladas aluden a la discusión acerca de la prueba reunida y de su valoración, mas no a vicios intrínsecos del decisorio. Deberá, entonces, analizarse los agravios correspondientes en su ámbito específico, es decir, en el marco de la valoración probatoria atacada por los recursos de apelación (ver c.nº 33.566, rta. el 13/02/2002, reg. nº 47 y nº 7273/2006/66/CA24 rta. 27/05/2014, entre muchas otras; y C.N.C.P. Sala II, rta. el 03/06/1999, entre otras).

b) Corresponde, entonces, ingresar en el análisis del auto de mérito recurrido en función de las críticas señaladas por los apelantes.

Viene al caso recordar que este Tribunal se ha expedido en anteriores ocasiones en punto a los requerimientos objetivos y subjetivos del tipo contenido en el art. 190 del CP, y ha señalado, en lo que al presente caso atañe, que la tipicidad objetiva de la conducta evaluada estriba en su capacidad para generar un peligro concreto para la seguridad de la aeronave (de esta Sala, c. nº 43.213 “Bravo, Rubén s/sobreseimiento”, rta. 04/08/2009, reg. 732, entre otros).

Ello no es materia de discusión en la presente incidencia, pero sí constituye objeto de controversia la entidad y los alcances que, para la creación de ese tipo especial de peligro, poseen las distintas infracciones reglamentarias que dieron cuerpo al reproche dirigido a los imputados.

Los apelantes niegan que la violación de la “cabina estéril” refleje *per se* la existencia de un peligro real y efectivo para el avión en los términos de la norma penal, y otorgan importancia indiciaria a las probanzas que demuestran que el vuelo, en definitiva, se desarrolló con total normalidad (en especial, la información obtenida del *Flight Data Recorder* y las conclusiones del informe de la ANAC). A su vez, destacan que la concurrencia en el caso de ese requisito típico tampoco habría sido explicada en el pronunciamiento impugnado.

Sin embargo, el análisis *ex post facto* propuesto resulta inadecuado como mecanismo para examinar la verdadera entidad riesgosa de las acciones y omisiones evaluadas, en tanto la hipótesis delictiva que se baraja no tiene al resultado dañoso como eje de discusión (en similar sentido, de esta Sala, c. nº 46.080 “Pitocco, Hernán Javier s/atentado contra la

seguridad de aeronave”, rta. 22/11/2011, reg. 1319).

Desde esta perspectiva, y en línea con la opinión expuesta por el Magistrado de grado, consideramos recortada la interpretación del proceder de los incursos como simples infracciones a las reglas de seguridad que han sido detalladas en la resolución recurrida. Su relevancia jurídica penal radica, como se verá más adelante, en la capacidad de las conductas para generar, en su conjunto, un riesgo concreto para la seguridad del avión, en virtud de sus rasgos particulares y el específico contexto en el que se produjeron.

En primer lugar, la reconstrucción de los hechos efectuada por el Juez de grado permitió establecer que V. J. X. fue invitada por el Comandante Z. M., con la aquiescencia del copiloto S., a ingresar en la cabina de mando del avión EMBRAER 190, matrícula... perteneciente a la empresa “Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur S.A.”. También es posible tener por acreditado que la nombrada, a quien la empresa de aeronavegación otorgó tratamiento VIP, permaneció en ese sitio durante la totalidad del vuelo, incluyendo las fases críticas, y allí el primer dato indicativo de la infracción a las reglas de “cabina estéril”.

Pues bien, los registros captados por el teléfono celular de la pasajera X. resultan elocuentes en punto al modo en que ella interactuó con la tripulación durante la totalidad del vuelo. Sin lugar a dudas, su presencia en la cabina de mando constituyó un importante factor de distracción para quienes comandaban la aeronave y un elemento que influyó negativamente en su “conciencia situacional”. No sólo por el contenido de las conversaciones que los tres imputados protagonizaron, que en la mayoría de los pasajes ninguna vinculación guardaban con los aspectos medulares del vuelo, sino también por su intensidad y el momento en que éstas se produjeron, en especial durante las etapas de despegue y aterrizaje, e incluso al tiempo de concretarse las comunicaciones con el *Air Traffic Control*.

A su vez, la utilización por parte de Z. M. y de X. de sus respectivos teléfonos celulares dentro de la cabina puede ser entendida, en sí misma, como un motivo adicional de distracción en los términos referidos, al margen de que a esta altura del proceso no pueda descartarse su potencialidad para afectar los sistemas del avión, ante la posible utilización de la red móvil por parte de la imputada en momentos inmediatos al despegue y aterrizaje.

Por otro lado, durante el transcurso de la encuesta se han podido precisar algunos aspectos relativos al funcionamiento de la palanca de aceleración de la aeronave. La información recabada coincidiría con lo esgrimido por la defensa del Copiloto S., en punto a que el comando cuenta con un sistema de programación previa al despegue en función del cual, luego de un impulso inicial necesario para la activación, la aceleración posterior se realiza de forma automática.

Pero ocurre que, frente al tenor de las imágenes que captaron la secuencia del despegue, no puede desecharse de plano la hipótesis relativa a que habría sido la propia imputada quien ejerció el primer impulso del comando que luego dio lugar a la aceleración previamente establecida.

No obstante ello, al margen de que haya tenido o no posibilidad de incidir efectivamente en la operación del comando de manera independiente, el hecho que haya accedido, con la anuencia de los tripulantes, a tomar contacto directo con la palanca en un momento sensible como el despegue no puede ser minimizado y conforma otra de las circunstancias que contribuyeron a la incrementación del riesgo prohibido por la norma. Es inconstitucional

nable, en este sentido, que el episodio resulta igualmente temerario porque implicó la injerencia de la imputada en el sitio donde se ubican los controles de mando, escenario en el cual pudo convertirse en un peligroso obstáculo material frente a un evento que exigiera la inmediata reacción de los tripulantes, o bien accionado comandos de navegación por algún movimiento involuntario.

La fotografía que luce a fs. 627 del principal deja entrever una situación que merece también una consideración especial. La imagen, de acuerdo a lo constatado por el juez a través de una inspección ocular, debió ser captada por X. sentada en el panel pedestal y en pleno vuelo. Ello refleja que la nombrada no tenía puesto en ese preciso momento el cinturón de seguridad y, a su vez, nuevamente da cuenta de la configuración de un contexto evidentemente inapropiado para la eficaz operatoria del avión por parte del Piloto y Copiloto frente a una contingencia o eventualidad.

Por lo dicho, existen razones para sostener en esta etapa inicial del proceso que los diversos comportamientos que asumieron Z. M., S. y X. en el interior del *cockpit* no sólo infringieron las disposiciones de seguridad a las que hizo mención el juez de grado (MOE y RAAC), y en especial aquellas relativas a la noción de “cabina estéril”, sino que, además, del modo en que se materializaron, conformaron en su conjunto un cuadro de riesgo serio y con entidad suficiente para inferir, a partir de él, la amenaza concreta a que se vio expuesta la seguridad del avión, aun cuando no se hubieren producido daños a la vida o a la integridad física de los pasajeros de la tripulación.

Asimismo, la crítica recursiva tampoco ha podido contrarrestar el razonamiento que llevó al Juez a tener por acreditada *prima facie* la tipicidad de las conductas en el plano subjetivo. En efecto, acierta el Magistrado cuando afirma que tanto el Comandante como el Copiloto, como tripulación técnica, no pudieron desconocer el carácter irregular de su accionar y su conexión con la generación del peligro, teniendo en cuenta principalmente el contenido de la instrucción recibida en virtud de su profesión. Y si bien la pasajera X. no contaba con conocimientos previos en materia de seguridad aeronáutica, existen razones objetivas para suponer que al momento de los hechos fue consciente de que su comportamiento era riesgoso e infringía normas reglamentarias de seguridad. Sus propias manifestaciones durante el vuelo y las expresiones que formuló en el marco de las comunicaciones valoradas en el fallo resultan claras al respecto y, por otra parte, debe decirse que son las propias características del hecho las que, por aplicación de sentido común, impiden admitir la posibilidad de que haya ignorado los alcances de su accionar (en similar sentido, de esta Sala, c. n.º 46.80 “Pitocco”, ya citada).

La expresión “a sabiendas” denota que el tipo penal del art. 190 requiere para su configuración en la faz subjetiva dolo directo de consciencia segura. Entonces, el conocimiento por parte del agente debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo del delito de peligro, pero no es necesario que abarque requerimientos objetivos no previstos en esta norma en particular y propios de otros tipos penales de lesión que protegen bienes jurídicos distintos (vgr. vida, integridad física). Como quedara asentado en los párrafos anteriores, puede afirmarse, a partir de los indicios existentes y con el grado de conocimiento requerido para esta etapa procesal, que los imputados sabían que estaban generando un peligro concreto para la seguridad de la aeronave al ejecutar las conductas reprochadas y ello es suficiente para tener por configurado el aspecto subjetivo del tipo penal aplicado.

Por lo demás, más allá del juicio provisorio de responsabilidad que se ha efectuado en este pronunciamiento, será la ulterior etapa del proceso un ámbito adecuado para que los imputados ejerzan con mayor amplitud su derecho de defensa, en un escenario donde rigen los principios de inmediación, publicidad, continuidad y contradicción.

Finalmente, en lo tocante al agravio de la defensa de V. J. X. con respecto a la medida cautelar pecuniaria trabada sobre sus bienes y/o dinero, entienden los suscriptos que las razones esgrimidas por el *a quo* para su determinación resultan adecuadas y ajustadas a los parámetros del artículo 518 del C.P.P.N.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Rechazar la nulidad interpuesta por la defensa de V. J. X. (arts. 166 y sgtes. del CPPN). II. Confirmar la resolución impugnada en cuanto dispuso el procesamiento de P. Z. M., F. M. S. y V. J. X., como coautores *prima facie* responsables en orden a haber ejecutado, a sabiendas, actos que pusieron en peligro la seguridad de una aeronave —punto dispositivo I— (arts. 45 y 190 del CP y arts. 306 y 310 del CPPN). III. Confirmar la resolución impugnada en cuanto mandó a trabar embargo sobre los bienes y/o dinero de V. J. X. hasta cubrir la suma de doscientos cincuenta mil pesos —punto dispositivo II— (art. 518 del CPPN). Regístrese, notifíquese conforme lo dispuesto por las Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la C.S.J.N., hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública (Acordada 15/2013 de la C.S.J.N. y 54/2013 de esta Cámara), y devuélvase a la anterior instancia. — Eduardo R. Freiler. — Jorge L. Ballesterio. — Eduardo G. Farah.

Beneficio de litigar sin gastos

Solicitud realizada por el titular de dos inmuebles. Carencia de recursos para atender al pago de las costas y gastos del juicio. Prueba. Revocación de la multa impuesta por falsedad de los hechos denunciados. Buena fe procesal. Concesión parcial de la franquicia.

Hechos: *Quien era titular de dos propiedades solicitó el beneficio de litigar sin gastos. El juez rechazó la pretensión y le impuso una multa de \$1000 por reputar falsos ciertos hechos alegados en la causa. Apelado el decisorio, la Cámara lo revocó y concedió la franquicia en forma parcial.*

- 1.- El hecho de que el demandante sea propietario de un inmueble no es óbice para otorgar el beneficio de litigar sin gastos —en el caso, en un 50%—, si se acreditó que en la actualidad carece de recursos suficientes que le permitan, sin exigir un irrazonable y gravoso esfuerzo, atender íntegramente el pago de las costas y gastos del juicio, máxime cuando la institución no contempla exclusivamente a quien es indigente o pobre de solemnidad.
- 2.- La multa impuesta al solicitante de un beneficio de ligar sin gastos por haber denunciado ser titular de un inmueble y no de dos debe revocarse, habida cuenta de que los argumentos explicitados para proceder de esa forma son atendibles y que fue él quien aportó a la causa las constancias registrales de las cuales surgía la titularidad dominial de esos bienes, pues en tal caso mal puede hablarse de un accionar contrario a la buena fe procesal.

119.239 — CNCom., sala D, 17/05/2016. - B., S. B. c. SJ Neumáticos S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos.

Cita on line: AR/JUR/25037/2016

COSTAS

Por su orden en ambas instancias.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 17 de 2016.

1. La actora apeló la resolución de fs. 112/114 que (i) rechazó el beneficio de litigar sin gastos solicitado en fs. I; (ii) le impuso las costas generadas durante el trámite de autos, y (iii) lo sancionó con una multa consistente en \$1000 por reputar falsos ciertos hechos alegados en la causa (fs. 116).

Los fundamentos del recurso fueron expuestos en fs. 120/125 y respondidos en fs. 127/128.

La Fiscal General ante la Cámara se expidió en fs. 143/144.

2. Liminarmente cabe señalar que la carta de pobreza es un instituto establecido a favor de quienes, por insuficiencia de medios económicos, no se encuentran en condiciones de afrontar el pago de los gastos que necesariamente implica la sustanciación de un proceso. Su fundamento estriba —por un lado— en el principio de igualdad de las partes, —el cual supone que éstas se encuentran en una sustancial coincidencia de circunstancias o condiciones entre las que no cabe, desde luego, excluir las de tipo económico— y por otro lado en la garantía constitucional de defensa en juicio (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, T. III, pág. 477).

Así es que, para que proceda la concesión del beneficio de litigar sin gastos, lo que debe demostrarse como circunstancias sustanciales, es la carencia de recursos adecuados para afrontar el proceso y la imposibilidad de obtenerlos, resultando de conformidad con lo dispuesto en el cpr. 377 carga del solicitante, la prueba de la concurrencia de los requisitos para la obtención del beneficio pretendido (Fassi-Yañez, “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, comentado, anotado y concordado”, T. I, págs. 468/469).

Sobre tales premisas, la Sala juzga que las consideraciones vertidas por la Representante del Ministerio Público en el dictamen que precede a este pronunciamiento, a los cuales se adhiere y remite por razones de economía procesal, resultan adecuadas para concluir por la admisión parcial de los agravios y modificar la decisión de grado en el sentido de conceder en un 50% la pretendida franquicia para litigar sin gastos.

Ello es así, pues las inimpugnadas declaraciones testimoniales brindadas en la causa (fs. 3/5) corroboran lo referido por la peticionaria en cuanto a la situación económica por la cual atraviesa, en términos que permiten valorar que carece en la actualidad de recursos suficientes que le permitan —sin exigir un irrazonable y gravoso esfuerzo— atender íntegramente el pago de las costas y gastos del juicio principal.

No se soslaya que de las constancias registrales colectadas en la causa (fs. 57) surge que la actora posee dos propiedades (dos lotes de terreno, en el que sólo en uno se construyó una vivienda). No obstante, tal circunstancia no es óbice para acordar el beneficio de litigar sin gastos, al menos en forma parcial.

Que la demandante sea o no propietaria de un inmueble no resulta decisivo para determinar una situación patrimonial que defina la posibilidad de obtener el beneficio de litigar sin gastos. La institución no contempla exclusivamente a quien es indigente o pobre de solemnidad, pues también abarca

a todo aquel que demuestre no estar en condiciones de sostener los gastos del proceso, sin comprometer los gastos de su propia subsistencia, habida cuenta la entidad del monto reclamado en relación a sus ingresos mensuales (conf. esta Sala, 10/08/2010, “Benés, Arnaldo c. Durán, Roberto y otros s/ beneficio de litigar sin gastos”; íd. 18/09/2008, “Sena, Jimena c. Eagle Star International Life Ltd. y otros s/ beneficio de litigar sin gastos”; íd., 03/10/2007, “Gache Pirán, Ignacio c. Nestlé Waters Argentina S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos”; íd., CNCiv., Sala K, 07/04/1997, “Kuszniier Silvia Gladys c. Invel S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos”).

De tal modo, encontrándose acreditado que la requirente de la franquicia carece en la actualidad de ingresos suficientes para afrontar íntegramente las costas y gastos del proceso principal, ponderando el monto reclamado en dicho pleito (\$ 720.000) y la favorable opinión tanto de la Fiscal General como del Representante del Fisco (v. fs. 109 vta.), corresponderá admitir parcialmente el recurso en examen con el límite *ut supra* indicado; esto es, en un 50 %.

3. En cuanto a la sanción impuesta por el juez de grado, señalase que la reforma introducida por la ley 25.488 al cpr. 81 incorporó el segundo párrafo, el cual establece una multa que se le deberá imponer al peticionario en el supuesto que se comprobare la falsedad de los hechos alegados como fundamento de la petición.

La sanción tiene su fundamento en el principio de buena fe procesal y probidad que debe configurarse en todo proceso judicial, a fin de evitar que la conducta de una de las partes utilice la franquicia prevista en la ley en beneficio propio y en perjuicio de los restantes intervinientes, intentando defraudar los intereses del fisco y de la contraparte (Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado”, Buenos Aires, 2006, T. I, pág. 538, parág. 4).

En el caso de autos, la actora explicitó en ocasión de exponer los agravios los motivos por los cuales oportunamente denunció ser titular de un inmueble y no de dos (véase que en la actualidad posee dos lotes de terreno, aunque solo en uno de ellos se edificó una vivienda), y en el parecer de este Tribunal, tales argumentos resultan atendibles.

Frente a ello, y teniendo en consideración que la propia recurrente fue quien aportó a la causa las constancias registrales de las cuales surgía la titularidad dominial de los referidos bienes, júzgase que en el caso mal puede hablarse de un accionar contrario a la buena fe procesal por parte de la peticionaria de la franquicia; todo lo cual coadyuva a concluir por la revocación de la sanción impuesta en la anterior instancia.

4. Finalmente, de conformidad con las preanunciadas soluciones (admisión parcial del recurso *sub examine* y concesión del beneficio en un 50%), júzgase pertinente disponer la distribución por su orden de los gastos causídicos generados en ambas instancias (conf. cpr. 68, segundo párrafo).

5. Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo propiciado en lo pertinente en fs. 143/144, se resuelve:

Admitir parcialmente la apelación de fs. 116, con los alcances que fluyen de este pronunciamiento.

Las costas de ambas instancias de distribuyen en el orden causado, según lo expuesto en sub. 4.

● VIENE DE PÁGINA 9

Cumplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/2013 y 24/2013).

Notifíquese a la Fiscal General mediante la remisión de las actuaciones a su despacho y, oportunamente, devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (cpr. 36: 1º) y las notificaciones pertinentes.

Firman los suscriptos por hallarse vacante la vocalía 12 (R.JN 109) y de conformidad con la RP. n° 25/16 de esta Cámara. Es copia fiel de fs. 146/147. — Pablo D. Heredia. — Juan R. Garibotto.

Intereses en el Código Civil y Comercial

Morigeración de intereses en una ejecución hipotecaria. Tasa de interés en dólares contraria a la regla moral prevista en el Código Civil y Comercial. Carácter provisional de la determinación de intereses. Realidad económica. Facultades de los jueces.

Hechos: En una ejecución hipotecaria, el ejecutado se agravió de la resolución que estableció los intereses en un 7% anual por todo concepto. La Cámara confirmó la sentencia.

- 1.- La sentencia que redujo los intereses en una ejecución hipotecaria en el 7% anual entre compensatorios y punitivos debe confirmarse, en tanto es evidente que una tasa de interés en dólares en los términos convenidos por las partes —en el caso, 1,2% mensual de compensatorios y 2% mensual de punitivos— luce excesiva e inadecuada a la regla moral que inspiran los arts. 771, 279 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.
- 2.- La determinación de soluciones para la fijación de intereses es esencialmente provisional, ya que responde a las fluctuantes condiciones de la economía de un país, lo que puede obligar a revisar los criterios establecidos para adaptarlos a nuevas realidades económicas, por ello no se enerva la posibilidad del Tribunal de proceder a su eventual reducción, desde la función morigeradora que autorizan los arts. 10, 12, 279, 771, 1061 y concs. del Código Civil y Comercial.

119.240 — CNCiv., sala B, 12/05/2016. - Pérez, Marcial c. García, María del Pilar s/ ejecución hipotecaria.

Cita on line: AR/JUR/23725/2016

COSTAS

Al apelante vencido.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 12 de 2016.

Considerando: I. Contra la sentencia de fs. 42 que establece los intereses en el 7% anual por todo concepto, alza sus quejas la parte ejecutada. El recurso se encuentra fundado a fs. 47/49 y el traslado de f. 50, fue contestado a fs. 53/54.

II. El ejecutado, en el memorial de agravios, peticona que el Tribunal aplique el criterio del esfuerzo compartido, dada la situación económica actual del país. Critica la tasa de interés establecida por la *a quo* en la resolución atacada. Sostiene que resulta exorbitante el índice implementado, si se tiene en cuenta que, con el aumento de la cotización del dólar desde la firma del contrato, la acreedora ha incrementado su acreencia en un 329% más. Solicita entonces se reduzca conforme los precedentes jurisprudenciales citados.

III. Cuadra advertir en primer lugar que, resulta impropcedente en la Alzada analizar lo solicitado por el ejecutante a fs. 47/vta., si el tema no fue sometido a la consideración del juez de grado —pues de acuerdo al art. 277 del Código Procesal y en virtud del principio de congruencia, la Sala no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (CNCiv., Sala E, 2002/09/02, “Pérez, Félix c. Ramos, Jorge”), LALEY, 2003-A, 755).

IV. Es sabido que la determinación de soluciones para la fijación de los intereses es esencialmente provisional, ya que responde a las fluctuantes condiciones de la economía de un país, en donde las mismas no permanecen estáticas, sino que con el transcurso del tiempo, por el influjo de distintos factores, varían considerablemente lo que puede —en cualquier momento— obligar a revisar los criterios establecidos, para adaptarlos a nuevas realidades económicas (conf. R. 164.463 del 23/03/1995; R. 178.819 del 13/10/1995; R. 210.815 del 12/12/1996; R. 257.539 del 03/11/1998; R. 308.728 del 20/10/2000), por ello no se enerva la posibilidad del tribunal de proceder a su eventual reducción desde la función morigeratoria que autorizan los arts. 10, 12, 279, 771, 1061 y ccdtes. del Cód. Civil y Comercial de la Nación (conf. CNCiv., Sala “G”, del 23/12/1996, publicado en diario la Ley del 08/04/1997, pág. 7; también Sala “A”, c. 145.632 y sus citas; Sala “E”, del 29/04/1997, publicado en Gaceta de Paz del 13/08/1997, pág. 1).

Además, ha de tenerse en cuenta que la voluntad de las partes en la fijación de la tasa de interés —en el caso, en un proceso de ejecución hipotecaria—, fijada contractualmente, debe respetarse en tanto no se atente contra el orden público, la moral y las buenas costumbres, pudiendo los jueces, reducir la tasa convenida cuando medie abuso, aún sin petición de parte (cf. CNCiv., Sala K, 04/09/2001 “Sojo Josefina y otro c. Aguilar Enrique y otros) DJ, 2002-1-268).

Hechas estas precisiones se considera que la resolución de esta delicada cuestión reclama una especial atención a las circunstancias particulares de cada caso, de modo que el elenco de principios involucrados en la materia sea prudentemente adecuado a las singularidades de cada situación a fin de que la sujeción a un criterio apriorístico no prescinda de la justicia del caso concreto.

En este contexto, si se valoran las actuales condiciones de la economía de nuestro país y que en el caso los intereses compensatorios se establecieron en el 1, 2 % mensual (ver f. 2 del mutuo hipotecario que en copia luce agregado a fs. 2/5) y los punitivos en el 2% mensual (cf. punto III de f.3 vta. de la mentada escritura), es evidente que una tasa de interés en dólares en los términos convenidos luce excesiva e inadecuada a la regla moral que inspiran los arts. 771, 279 y concordantes del Cód. Civil y Comercial de la Nación, extremo que tuvo en cuenta la magistrada en la sentencia apelada al establecer la tasa de interés para el caso a estudio.

Ahora bien, corresponde recordar que en supuestos que guardan cierta analogía con el caso de autos (conf. R. 514.380, Dekinder S.A. c. Albornoz Andrea Fabiana s/ ejecución

hipotecaria”, del 09/09/2008, entre otros), como principio, la Sala ha sostenido que resulta razonable en caso de deudas contraídas en dólares la aplicación de una tasa que por todo concepto no supere el 4 % anual. Y en otros supuestos, se ha confirmado la liquidación de intereses al 8% anual para deudas en dólares valorando los términos del mutuo, las condiciones de la economía y el comportamiento de la divisa norteamericana en el mercado libre de cambios (conf. R. 569.845, del 17 de diciembre de 2010), porcentaje que, además, coincide con el criterio asumido por la Sala “C” de esta Cámara en casos de similar tenor (conf. R. 492.168, del 25/10/2007; id. R 565.651, del 16/11/2010, entre otros).

En ese entendimiento, no habiendo impugnado el ejecutante la sentencia de f.42, valorando el conjunto de circunstancias expuestas y especialmente las actuales condiciones de la economía, habrá de confirmarse la tasa de interés fijada por la magistrada de primera instancia en el 7% anual, entre compensatorios y punitivos.

Con costas de alzada al apelante vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, se resuelve: confirmar la resolución de f. 42, en lo que fue materia de agravios. Con costas. Regístrese, protocolícese, publíquese y devuélvase, encomendándose la notificación de la presente en la instancia de grado. — Mauricio L. Mizrahi. — Claudio Ramos Feijóo. — Roberto Parrilli.

Lesiones culposas

Mordeduras sufridas por una niña en un jardín maternal. Abandono del aula por la maestra auxiliar a cargo. Procesamiento por lesiones culposas. Posición de garante. Obligación de estar presente en el aula y deber de supervisión. Conducta negligente. Sujeto activo del delito de omisión impropia.

Hechos: Se confirmó el procesamiento de una maestra auxiliar de un jardín maternal por las lesiones sufridas por una niña al ser mordida por otro niño en ocasión de su ausencia.

Una maestra auxiliar de un jardín maternal que abandonó el aula cuando era la única persona mayor a cargo debe ser procesada por el delito de lesiones culposas, si en su ausencia una niña sufrió daños al ser mordida por otro niño, pues el descuido que significó su negligencia incrementó el peligro y ese riesgo fue el que se concretó en el resultado, lo cual permite su reproche, máxime cuando en esas circunstancias se encontraba en posición de garante, teniendo la responsabilidad de hacer lo posible para evitar la consecuencia lesiva.

119.241 — CNCrim. y Correc., sala IV, 11/05/2016. - S. S., A. O. s/ procesamiento.

Cita on line: AR/JUR/25307/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 11 de 2016.

Considerando:

No se encuentra controvertida la materialidad del hecho, esto es, las lesiones que sufrió la menor L. S. R. en el rostro y en la zona del tórax, a consecuencia de mordedu-

ras que habrían sido provocadas por otro niño, en circunstancias en que se encontraban en la... del jardín maternal... y sin docente a su cuidado.

Se ha probado en estas actuaciones que, al momento del hecho, la maestra a cargo del curso era C. R., según las explicaciones de C. R. S. y de la directora de la institución A. B. G. —procesada en esta causa—.

También se determinó que R. y G. decidieron abandonar la institución pública para dirigirse a realizar trámites bancarios, lo cual quedó registrado en el libro de actas (ver copias de fs. 73/74).

Finalmente, se acreditó también que, la auxiliar A. O. S. S. se encontraba asignada al aula de mención.

La cuestión se ciñe entonces en determinar si la imputada puede ser considerada como garante de la evitación del resultado, y en punto a ello habremos de responder afirmativamente. Es que, como docente contratada por el Gobierno de la Ciudad y destinada a cumplir tareas como auxiliar en el mentado jardín y, en concreto, en la sala a la que asistía la víctima, tenía como deber mínimo permanecer en su lugar de trabajo, en resguardo de la seguridad física de los menores.

La funciones que reglamentariamente fueron acordadas al cargo de “auxiliar” que poseía S. S., colaboración en tareas docentes asistiendo a la titular a cargo, no empuja a la obligación presupuesta en ese reglamento, esto es, la presencia en el recinto y el deber de supervisión consecuente (fs. 175/vta.).

De allí, que pueda afirmarse un actuar negligente por parte de la imputada al haber abandonado el curso, siendo la única persona mayor que allí se encontraba en tanto la docente a cargo se hallaba fuera de la institución, lo que se tradujo en que el ataque sufrido por la niña R., no fuera evitado en su desarrollo.

Por lo demás, la explicación que ensayó para justificar su ausencia, ha quedado desvirtuada a partir de las declaraciones de B. D. A. y F. M. M. (fs. 153/vta. y 154/vta.), quienes cumplen funciones en la cocina del jardín y manifestaron que cuando acaeció el suceso, S. S. llevaba allí quince minutos aproximadamente, siendo entonces requerida su presencia en la “Sala...” por los gritos de la niña.

En suma, las circunstancias expuestas revelan que la imputada se encontraba en posición de garante, lo que la convierte en sujeto activo del delito de omisión impropia, pues tenía la responsabilidad jurídica de hacer lo posible para evitar la consecuencia lesiva.

En el caso, al tratarse de una imputación culposa, cabe afirmar que el descuido que significó su negligencia incrementó el peligro, ingresando en el ámbito de protección de la norma, y ese riesgo fue el que se concretó en el resultado, lo cual permite su reproche (Terragni, Marco Antonio, “Autor, partícipe y víctima en el delito culposo”, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 88).

Por los argumentos delineados, entendemos que el auto impugnado resulta ajustado a derecho y merece homologación, lo que así se resuelve. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase al juzgado de origen. Se deja constancia que el doctor González Palazzo no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia; como tampoco lo hace la doctora López González, quien fuera designada en su reemplazo, por no haber presenciado la audiencia. — Carlos A. González. — Alberto Seijas.



JURISPRUDENCIA AGRUPADA

CON LEGISLACIÓN Y DOCTRINA

Cosa juzgada írrita

I. Jurisprudencia

i) Principios generales

1. La cosa juzgada puede ser revisada en supuestos excepcionales, en los cuales la sentencia adolece de vicios sustanciales intrínsecos de gravedad.

C1aCiv. y Com., San Nicolás, M., J. L. c. H., A. F. s/ revisión de cosa juzgada, 22/04/2014, La Ley Online, AR/JUR/12208/2014.

2. La acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita procede en aquellos supuestos en que existe una grave deficiencia en el material de percepción del órgano judicial que determina un error en el conocimiento de los hechos que fundamentan la decisión de la sentencia.

C4aCiv. y Com., Minas, de Paz y Trib., Mendoza, Coppolino, Lorenzo s/por quiebra s/acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita p/incidentes, 28/06/2013, La Ley Online, AR/JUR/39737/2013.

3. La acción de revisión de cosa juzgada es improcedente cuando las razones invocadas a tales fines se refieren a circunstancias y defensas que fueron articuladas en el expediente en el cual se dictó la sentencia cuestionada.

CNTrab., sala IX, Sempe, Germán Enrique c. Obra Social para la Actividad de Seguros y otro, 30/04/2013, La Ley Online, AR/JUR/15319/2013.

4. La acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita ha sido concebida priorizando el derecho de defensa por sobre la seguridad jurídica para supuestos excepcionales en los que se comprueben vicios esenciales y graves en la sentencia atacada, pero no resulta procedente si la sentencia dictada fue precedida de un proceso contradictorio en el que los impugnantes tuvieron adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba.

CCiv. y Com., Jujuy, sala IV, Sindicato de Obreros y Empleados Municipales c. Municipalidad de San Pedro s/cobro de pesos, 14/02/2013, La Ley Online, AR/JUR/6302/2013.

5. La eventual falta de un procedimiento ritual expresamente previsto en la ley procesal local no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que se impugnan.

CS, 07/08/2007, Cid, José Francisco c. Buenos Aires, Provincia de s/cobro de pesos.

ii) Condiciones de procedencia

6. Son requisitos para que la procedencia de la pretensión de revisión de la cosa juzgada: a) Sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada; b) Que aquélla adolezca de vicios esenciales, preponderantes y sustanciales; c) Existencia de un daño al pretensor; interés actual en la declaración de nulidad y f) Que el afectado haya ejercitado los remedios legales que, por vía indirecta, eran capaces de remover el vicio esencial del que luego se muestra quejoso.

C4aCiv. y Com., Minas, de Paz y Trib., Mendoza, Coppolino, Lorenzo s/por quiebra s/acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita p/incidentes, 28/06/2013, La Ley Online, AR/JUR/39737/2013.

7. Dado que la revisión de la cosa juzgada debe fundamentarse en hechos o situaciones relevantes desconocidas en el momento de dictarse sentencia, corresponde desestimar la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita respecto de la sentencia dictada en el marco de un proceso de daños y perjuicios, ya que los hechos y las razones expuestos como causa para demandar no comportan un "novum" en tanto se trata de que todos son alegatos críticos expuestos al momento de conformarse la sentencia definitiva.

ST Corrientes, Municipalidad de Paso de los Libres (Ctes.) c. Azucena Beatriz Silva en nombre y representación de su hijo J. H., 20/12/2011, DJ 2012-06-21, 48, AR/JUR/91680/2011.

8. A efectos de la procedencia de la acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita, no basta con que el hecho esgrimido haya existido con posterioridad a que la sentencia impugnada adquiriera firmeza, sino que además es imprescindible que se encuentre afectado el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

CNCiv., sala G, 26/11/2008, Lindenbaum, Daniel c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado, LA LEY, 2009-A, 375, AR/JUR/16344/2008.

iii) Casuística

a) Cuestiones concursales

9. Toda vez que el ordenamiento concursal no regula específicamente ningún mecanismo de impugnación que permita modificar el cómputo de las mayorías que se deriva del pronunciamiento verificadorio del art. 36 de la ley 24.522, aparece cuando menos prematuro descartar *in limine* la vía de la acción autónoma de nulidad como medio idóneo para revertir tales efectos y precaver un posible manejo abusivo y/o fraudulento del proceso concursal.

CNCom., sala F, Vargas Lerena, Álvaro c. Cadena País Producciones Publicitarias S.A., 30/06/2011, DJ 07/12/2011, 84, AR/JUR/38232/2011.

b) Ejecución hipotecaria

10. Es improcedente la acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita interpuesta contra la sentencia de remate dictada en una ejecución hipotecaria, con sustento en que fue dictada sin tener en cuenta las pruebas y la absolución del ejecutado en la causa penal promovida por el ejecutante, ya que la sentencia absoluta dictada en sede penal no falló en sentido contrario a la sentencia de remate.

CNCiv., sala G, 26/11/2008, Lindenbaum, Daniel c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado, LA LEY, 2009-A, 375, AR/JUR/16344/2008.

11. La acción de sentencia declarativa revocatoria de cosa juzgada írrita mediante la cual se pretende que se declare la nulidad

de la sentencia de remate dictada en una ejecución hipotecaria con sustento en la inhabilidad del título base de la ejecución debe rechazarse, en razón de no referir a una deuda líquida o fácilmente liquidable, si el peticionante consintió la resolución que aprobó la liquidación de la deuda, ya que no es posible utilizar la figura de la cosa juzgada írrita como sucedáneo versátil de los planteos defensivos que, teniendo oportunidad de deducir, no los hizo.

CNCiv., sala G, 17/11/2008, Mercado, María Elsa c. De la Calle, Nadia Magalí, LA LEY 2009-B, 89, con nota de Julio Chiappini, AR/JUR/16349/2008.

c) Honorarios

12. Procede rechazar la acción autónoma de revocación de la cosa juzgada írrita formulada respecto de una sentencia y, puntualmente, de los honorarios que de ella derivan en tanto no se desprende de los autos que exista fraude procesal, dado que no se encuentra conculcado el debido proceso y no existen pruebas o hechos posteriores a la sentencia que puedan modificar el criterio allí sentado.

CFed. Mendoza, sala B, Sidersa S.A. c. A.F.I.P. - D.G.I., 09/12/2010, LLGran Cuyo 2011 (mayo), 393, AR/JUR/87413/2010.

d) Indefensión a causa de impedimento familiar

13. La acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita obtenida mediante la sentencia que condenó al actor a pagar una suma de dinero al demandado es improcedente, siendo el único fundamento alegado por el nulidicente que se vio privado de ejercer su defensa por la enfermedad de una nieta y la crisis que atravesaba el país en el año 2001, lo que le impidió demostrar la falta de causa del reclamo por el que se lo condenó, ya que tales argumentos no revisten la menor seriedad para desandar todo un proceso y anular una sentencia, pues sostener lo contrario implicaría que numerosos pleitos podrían cuestionarse al ponerse en tela de juicio el mantenimiento de cualquier decisión judicial, la que podría ser revisada indefinidamente con la nefasta consecuencia de que la seguridad jurídica quedaría condenada a su desaparición.

CNCiv., sala B, 10/10/2007, Chiappa, Roberto José c. Asociación de Protesistas Dentales de Laboratorio, DJ 2008-I, 946, AR/JUR/8522/2007.

e) Juicio ejecutivo

14. La autoridad de cosa juzgada adquirida por la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título con fundamento en que los ejecutados no redarguyeron de falsas las firmas certificadas en el contrato de locación no puede ser dejada sin efecto, si los recurrentes no alegaron algún hecho sobreviniente que hiciera intolerable su sostenimiento y justificara sustraerse de sus efectos, siendo que la existencia de potenciales errores *in iudicando* son insuficientes para habilitar el funcionamiento del instituto de la cosa juzgada írrita.

ST Corrientes, Sánchez Fernández, Juan c. Hugo Carlos Luque, Ana María Ortiz y Zelmara Rubén Leale s/prep. vía ejecutiva, 30/04/2015, LA LEY 30/09/2015, p. 10, AR/JUR/14185/2015.

f) Jurisprudencia contradictoria

15. Corresponde hacer lugar al planteo de nulidad de sentencia firme formulado con

sustento en que, con posterioridad al dictado de la sentencia impugnada, otras salas del mismo tribunal habían resuelto reclamos idénticos en sentido contrario, ya que el dictado de sentencias contradictorias fue consecuencia de la inobservancia de la regla de conexidad consagrada en el art. 6 del CPCCN, y la afectación a la garantía de igualdad ante la ley que invocada por el nulidicente no ha sido causada por su negligencia en la defensa de sus derechos, por cuanto al momento del dictado de las resoluciones opuestas a la impugnada ya había vencido el plazo para deducir el recurso de inaplicabilidad del ley, es decir que en el caso se agotaron los recursos en el proceso donde se dictó la sentencia cuya anulación pretende.

CNCiv., sala M, Formiga de Rafaldi, Néli Esther y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 21/09/2009, LA LEY, 2009-F, 38; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2009 (diciembre), 254; IMP, 2010-I, 64; LA LEY, 2010-A, 470 con nota de Jorge Ocantos; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (marzo), 14 con nota de Diana Graciela Saiz, AR/JUR/33536/2009.

g) Posibilidad de deducir las defensas en el juicio principal

16. La acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita con relación a la sentencia dictada en una causa en la que se admitió el reclamo patrimonial contra el municipio es improcedente, si éste tuvo conocimiento del proceso y pudo hacer valer sus derechos por los medios recursivos que la ley procesal le acuerda y, no obstante ello, ni al contestar la demanda ni al deducir el recurso de inconstitucionalidad formalizó planteo alguno tendiente a cuestionar la capacidad del sindicato para actuar procesalmente.

CCiv. y Com., Jujuy, sala IV, Sindicato de Obreros y Empleados Municipales c. Municipalidad de San Pedro s/cobro de pesos, 14/02/2013, La Ley Online, AR/JUR/6302/2013.

17. La acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita debe rechazarse *in limine*, cuando importa un intento tardío por obtener la revocación de un fallo mediante argumentos que, valorados a la luz del criterio restrictivo con que debe juzgarse la admisibilidad de la vía intentada, no permiten tener por configurada la nulidad pretendida, máxime cuando la parte pudo deducir los remedios que el ordenamiento procesal contempla para la defensa de los derechos que entienda vulnerados (arts. 172 y 238, Cód. Procesal Civil y Comercial).

CS, W., D. c. S., D. D. - W. S. s/restitución de menor, 12/06/2012, La Ley Online, AR/JUR/59726/2012.

h) Reivindicación

18. La acción de revisión de cosa juzgada recaída en un juicio de reivindicación es improcedente si el demandante carecía de la posesión del inmueble y, por ende, a su respecto de ninguna trascendencia resultaba el pronunciamiento que le ordenaba restituirlo.

C1aCiv. y Com., San Nicolás, M., J. L. c. H., A. F. s/ revisión de cosa juzgada, 22/04/2014, La Ley Online, AR/JUR/12208/2014.

VIENE DE PÁGINA 11

i) Subasta

19. La acción de nulidad de cosa juzgada írrita respecto del auto que aprobó la subasta y adjudicó el 100% de la propiedad del inmueble a un tercer adquirente es admisible, si se verificó el vicio de error esencial en el acto de remate en tanto el bien fue subastado como perteneciente en su totalidad al fallido, sin considerar el instrumento público que denunciaba una situación de condominio con el reclamante, pues en tal caso el adquirente en subasta cuenta con un título viciado o inoponible respecto del verdadero propietario que no intervino en esa transmisión.

C4aCiv. y Com., Minas, de Paz y Trib., Mendoza, Coppolino, Lorenzo

s/por quiebra s/acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita p/incidentes, 28/06/2013, La Ley Online, AR/JUR/39737/2013.

II. Doctrina

1. CHIAPPINI, Julio O., "Ejecución hipotecaria luego cuestionada en un juicio ordinario", LA LEY 2009-B, 89, AR/DOC/1076/2009.

2. OCANTOS, Jorge, "La cosa juzgada írrita. Necesidad de su regulación", LA LEY 2010-A, 468, AR/DOC/392/2010.

Jorge Alberto Diegues

Cita on line: AR/DOC/1209/2016

NOTICIAS

FACULTAD DE DERECHO – UBA
XVII – CURSOS INTENSIVOS DE POSGRADO

Actualización en Derecho de Seguros

Del 11 al 28 de julio de 2016

Director: Daniel Roque Vítolo

Coordinador: Felipe F. Aguirre

Cuerpo docente:

Daniel Roque Vítolo, Dante Cracogna, María Fabiana Compiani, Héctor Miguel Soto, Andrea Signorino Barbat (Uruguay), Carlos A. Schiavo, Nancy Anamaría Vilá, Carlos José María Facal, Miguel Alberto Piedecasas, Fabián Vítolo, Waldo Sobrino, Felipe F. Aguirre y Fernando Cracogna

Informes e inscripción: Departamento de Posgrado

Facultad de Derecho (UBA), Av. Figueroa Alcorta 2263, 2do piso

Tel: 54-11-4809-5606/07

E-mail: intensivos@derecho.uba.ar

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 19, a cargo del Dr. Pablo Tripoli, sito en Talcahuano 550 6º Piso de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comunica en los autos "OLAZAGOITIA RAÚL CARLOS c/ OLAZAGOITIA ROLANDO ÁNGEL s/DIVISIÓN DE CONDOMINIO (reservado) Expte. 70991/2013", que el martillero público Demián Martínez Naya (te. 4631-3794) rematará el día 13 de junio de 2016 a las 12,00 hs. en el salón de ventas de la Oficina de Subastas Judiciales sito en la calle Jean Jaurés 545 de C.A.B.A.; el inmueble ubicado en la calle Campana 2553/55 piso 3 UF 5, de esta ciudad, Matrícula 15-72369/5, N.C.: Circ. 15, Secc. 81, Mzna. 161, Pc. 21, Superficie s/títulos 45,39 m² (fs. 85). Semipiso al frente de 2 ambientes, integrado por living comedor con balcón, hall de distribución, 1 dormitorio c/placard, cocina amplia y baño compartimentado. Muy luminoso. Se encuentra desocupado y en excelente estado de conservación. Fecha de exhibición los días 7 y 8 de junio de 2016 de 17 a 19 hs. Deudas. G.C.B.A.: s/ fs. 203 \$ 6.822,28; a A. y S.A.: \$ 1359,52 al 03/12/15 a Expensas: s/ fs. 197 \$ 14.897 a abril 2016; OSN y Aguas Argentinas: s/ fs. 95 sin deuda. La venta se efectuará al contado y al mejor postor, ad corpus, en el estado físico y jurídico en que se encuentra. Base: \$ 935.000. Señá 30%. Comisión: 3%. Arancel 0,25 % (acordada CSJN 10/99) Sello 1% a cargo del comprador. Todo en efectivo y en el acto del remate. En el acto de suscribir el respectivo boleto de compraventa, se exigirá de quien o quienes resulten compradores la constitución de domicilio legal dentro del radio de la Capital Federal, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas en el art. 133 del Código Procesal. En virtud de lo dispuesto por la doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 19/2/1999, en autos "Servicios Eficientes S.A. c/Yabra Roberto Isaac s/Ejecución Hipotecaria", no corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas. No cabe una solución análoga respec-

to de las expensas comunes para el caso que el inmueble se halle sujeto al régimen de la ley 13.512. Publíquese por dos días en La Ley.

Buenos Aires, 1 de junio de 2016
María Belén Puebla, sec.
LA LEY: I. 07/06/16 V. 08/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, Secretaría Nº 9, sito en la calle Libertad 731, piso 10 de la Capital Federal, hace saber que SHAH SYED MOHSIN NAZAR DNI: 95.492.747 de nacionalidad pakistaní, de ocupación médico, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2016
Ximena Rocha, sec.
LA LEY: I. 06/06/16 V. 06/06/16

BARRETTO JOSÉ GILBERTO y MARÍA TERESA NEIRO s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 11, Secretaría única, cita y emplaza por treinta (30) días a herederos y acreedores de MARÍA TERESA NEIRO y de JOSÉ GILBERTO BARRETTO. Publíquese por tres días en el diario "La Ley".

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2013
Javier A. Santiso, sec.
LA LEY: I. 03/06/16 V. 07/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que NEWMAN, WILLIAM DOUGLAS, nacido en la ciudad de Buffalo, Condado de Erie, New York, Estados Unidos, el 7 de julio de 1983, con DNI: 94.219.120 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 20 de mayo de 2016
Silvina A. Bracamonte, sec.
LA LEY: I. 03/06/16 V. 03/06/16

El Juz. Fed. Civ. y Com. Nº 1, Sec. Nº 1 de la Cap. Fed. hace saber que ANA ANYELY BONILLA de nacionalidad dominicana, DNI 95.426.776, ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 20 de mayo de 2016
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 02/06/16 V. 02/06/16

El Juzg. Nac. de Ira. Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nº 4, Sec. Nº 7, informa que YUN PING YEH, de nacionalidad china, comerciante, D.N.I. Nº 92.468.860, ha iniciado los trámites para obtener la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días en LA LEY.

Buenos Aires, 31 de agosto de 2015
Liliana Viña, sec.
LA LEY: I. 02/06/16 V. 02/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 69, sito en Av. De los Inmigrantes 1950, P. B., CABA, a cargo de la Dra. Laura Irene González, Secretaría única, a mi cargo, cita y emplaza por 30 (treinta) días a herederos y acreedores de Don ALBERTO ENRIQUE GIOVINAZZO. El presente deberá publicarse por 3 (tres) días en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 19 de mayo de 2016
María Laura Prada Errecart, sec. int.
LA LEY: I. 01/06/16 V. 03/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, informa que el Sr. ANDRÉS DE JESÚS CRUZ CRUZ de nacionalidad dominicana con D.N.I. Nº 95.132.314 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 25 de abril de 2016
Guillermo Auterio, sec.
LA LEY: I. 01/06/16 V. 02/06/16

THOMSON REUTERS
LA LEY

▶ LANZAMIENTO

DERECHO DE SEGUROS

SEXTA EDICIÓN ACTUALIZADA Y AMPLIADA

Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales 1998

Autor: **Rubén S. Stiglitz**

Coautor de los tomos IV y V: **Gabriel Stiglitz**



VERSIÓN:

eBook

eBook + 5 tomos

Encuadernación de lujo

- Los tomos IV y V incluyen el Régimen de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial de la Nación.
- Incorpora la jurisprudencia actualizada de todos los Tribunales del país.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253**, en su sucursal más cercana o ingresando en www.thomsonreuters.com.ar

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®

[f](#) ThomsonReutersLaLey [t](#) @TRLaLey [in](#) [v](#) ThomsonReutersLatam [g+](#) Google.com/+LaleyArgentina