
APUNTES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE ACTUALIDAD

Foro de Abogados - San Juan

DOCTRINAS

En el presente número contamos con cuatro valiosos aportes.

Jaime Velert Frau (a quien considero uno de los más brillantes procesalistas de la Provincia) refiere a dos principios procesales cuales son la "inmediación" y "saneamiento", y a la relación que ellos tienen con la audiencia inicial (arts. 321, 324, 325 y 326 del C.P.C., Ley 8037).

Sabido es para todos quienes litigamos ante los tribunales locales, que no todos los jueces de primera instancia fijan la audiencia inicial en los procesos ordinarios (salvo expreso pedido de parte).

Resultan destacables las palabras del Dr. Velert Frau en relación al principio de inmediación. Quienes hemos litigado tanto en el fuero civil, como en el penal, no podemos desconocer las ventajas de la "inmediación", principio éste que lleva al juez (y no a funcionarios o empleados de menor rango) a tener un contacto directo y personal con las partes, y con el conflicto llevado a resolver. Nadie puede negar, por ejemplo, que el interrogatorio directo que efectúa a los testigos un juez o tribunal penal en la etapa de juicio minimiza ampliamente la posibilidad de falsos testimonios.

En tal sentido, considero que las palabras y propuestas del autor resultan de ineludible lectura por parte de los operados jurídicos locales.

En segundo lugar, Wbaldino Acosta nos presenta un trabajo titulado "La autonomía municipal en la Constitución de San Juan". Con la reforma constitucional federal de 1994 se consagraron, entre otras cosas, dos "autonomías" de vital importancia (municipios y universidades nacionales). En el caso de los municipios, el carácter autonómico de los mismos fue logrando cierta recepción jurisprudencial antes de la reforma constitucional de 1994 (conf.: CSJN, "Rivademar Ángela Digna Balbina Martínez Galván de, c/ Municipalidad de Rosario", sentencia del 21/03/1989, Fallos, 312:326), mientras que las universidades nacionales debieron esperar a la referida reforma constitucional pues, anterior a ella, la jurisprudencia de nuestro Tribunal señero les negó

el carácter de autónomas (conf.: CSJN, "Universidad de Buenos Aires c/ Estado Nacional –PEN- s/ Inconstitucionalidad de decreto", sentencia del 18/06/1991, Fallos, 314:570; con la única disidencia del Dr. Fayt).

Y ello responde, simplemente, a que, en el caso de los municipios, su carácter autónomo ya había sido reconocido por diversas constituciones provinciales antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Justamente a dicho carácter autónomo de los municipios consagrado por la Constitución de San Juan de 1986 refiere el autor, analizando los antecedentes de la Convención Constituyente, y destacando los problemas que suscita la ausencia de un régimen de coparticipación municipal acorde a lo dispuesto por el art. 253, inc. 8, de la Carta Magna provincial.

Por su parte, Maximiliano Germán Videla nos introduce a una temática de indiscutible actualidad: "La protección de los datos personales. Un nuevo desafío jurídico de nuestros tiempos". La era de la globalización y los avances tecnológicos, amén de sus beneficios, ha puesto en jaque derechos de raigambre constitucional cuales son la intimidad, el honor y la libre disposición de los datos personales. Basta con adquirir un simple boleto de avión por INTERNET para luego corroborar como una catarata de e-mails de las más variadas empresas ofrecen diversos servicios de viajes, hoteles, etc.

El autor brinda un adecuado repaso por la legislación nacional, las autoridades de aplicación en la materia y una importante casuística de las principales fuentes de riesgo en la actualidad, con indispensables referencias de derecho comparado.

En síntesis, un artículo de obligada lectura para juristas, políticos y hasta público en general.

Finalmente, Paula Carena expresa su postura frente a la interpretación que surge de la Ley Nº 26.735, modificatoria del Régimen Penal Tributario, disintiendo con el criterio sentado al respecto por el Procurador General de la Nación. En particular, el debate se centra en la posibilidad de aplicar retroactivamente las disposiciones de la precitada ley.

Dr. José Luis Miolano

ARTÍCULO N° 1

Principio de Saneamiento e Inmediación. Audiencia Inicial

Jaime A. Velert F.

Presidente del Instituto de Derecho
Procesal Civil del Foro de Abogados

“La cosas cuando son conocidas se dan por sabidas, y por sabidas se callan, y calladas, se olvidan”.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me he de referir a un aspecto de trascendental importancia en la vida del proceso, en un tiempo de cambio, pero de cambio real, que procura liberar al proceso de viejas ataduras formales, con formalismos vacíos de contenido.

Esta situación no es novedosa en el mundo. En el siglo XX, fruto de la imaginación de la jurisprudencia se fueron ampliando los límites codificados. La sólida estructura de los códigos fue cediendo cuando los jueces inician el proceso de interpretación.

De allí la necesidad de la adaptación de los sistemas procesales a los nuevos tiempos que exige del juez, a la par de un sujeto imparcial, actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones, procurando una mayor coincidencia temporal de los distintos actos procesales (con excepción de los actos fundamentales y unilaterales: demanda, contestación, sentencia).

Cambiar el modelo de litigación no es simplemente modificar los plazos procesales e incluir algunas instituciones secundarias que aparentemente darían soluciones al caótico sistema, sino que consiste en una modificación estructural del fondo y forma pregonando un nuevo orden el que se daría al consagrar un proceso civil con predominancia efectiva de la oralidad (Pablo Darío Villalba Bernie, *Proceso civil. Actualidad y futuro*, es. BIJUPA, Paraguay, 2008, pág. 82).

Las características actuales del proceso es que es lento y burocrático, desesperadamente escrito, con predominio de lo formal sobre lo real, un juzgador espectador, dispersión procesal, falta de equilibrio entre lo escrito y lo oral, jueces fugitivos de la realidad, excesivo formalismo.

Tal como lo enseñaba Augusto M. Morello, “más allá de reconocer algunas intencionalidades

de superación, la realidad indica que son pocos los dispuestos a elaborar ideas claras demostrando que es posible remozar lo inservible, cambiar los hábitos es instalar los andamios del edificio de la justicia a la altura del tiempo actual” (*El nuevo horizonte del Derecho Procesal*, ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 32).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido señera en esta visión del derecho procesal, alejándose de las rigideces legales, para ubicarse en un plano de adecuación: la solución en sus carriles constitucionales, sociales y con un profundo sentido de justicia. La justicia no puede cerrar los ojos a la realidad, no puede ser un convidado de piedra que ignore la realidad; que evada su misión especial: afianzar la justicia. Ello hace a la “humanización del proceso” (Osvaldo A. Gozaíni, *Respuestas procesales*, ed. Ediar, 1ª parte, Bs. As., 1999, pág. 66). Se debe procurar una justicia más justa y efectiva, en tiempo oportuno, y no tanto apegada a los formalismos legales, vacíos de contenidos.

Los jueces no deben permanecer indiferentes a los resultados de la interpretación de la ley; a la aplicación fría de la letra de la ley, ha dicho el maestro florentino Piero Calamandrei (*Estudios sobre el proceso civil*, ed. Ejea, Bs. As., 1973, t. 3, pág. 241), agregando que, no se trata que los jueces puedan fallar libremente haciendo caso omiso de la ley: esto sería desorden y caos. Pero la ley no es una camisa de fuerza jurídica. La ley ofrece, casi siempre, la posibilidad de una interpretación más o menos flexible.

No debemos perder de vista, que el proceso tiene como finalidad primordial, la efectividad de los derechos sustanciales.

En base a estas premisas expuestas escuetamente, nos referiremos a dos de los llamados principios procesales: intermediación y saneamiento, y en particular, a la relación que ellos tienen con la audiencia inicial.

PRINCIPIOS Y SISTEMAS

Por una cuestión de comodidad en la expresión, y por razones de espacio, hablaremos de “principios”, más allá que en nuestra opinión los distingamos entre ellos.

Los principios están más allá de los sistemas, fundan la legislación. Los sistemas son opciones tomadas por el legislador que derivan de los principios. A través de los sistemas se procura llegar al cumplimiento de los principios. Son op-

ciones para arribar al mismo fin, al mismo destino.

Para el profesor colombiano Jairo Parra Quijano, hablar de principios significa que tienen un contenido ideológico, y se irradian a todo el proceso.

Lo real y cierto es que los principios son instrumentos de interpretación, sirven de integración en caso de lagunas, sirven de base para la reestructuración del sistema procesal.

Pero más allá de todas estas diferencias, a las que brevemente nos hemos referido, usaremos el vocablo "principios", por una cuestión de comodidad en la expresión.

En el Código Procesal Civil de San Juan, aparecen expresamente mencionados algunos de los denominados principios. Así el de moralidad, buena fe, probidad y lealtad procesal (art. 791, ap. 4º, art. 33, inc. 5, ap. d y 7), el de igualdad (art. 33, inc. 5, ap. c), el de instrumentalidad de las formas (art. 791, primer párrafo), el de colaboración (art. 791, 2º párrafo), el de concentración (arts. 33, inc. 5, ap. a, 331, 125, inc. 2, 394), dispositivo (art. 79), aunque bastante flexibilizado por los artículos 35, inc. 1, 446, 35, inc. 5, 572, 35, inc. 4, 340, 443); congruencia (art. 5 ap. a), economía procesal (art. 33, inc. 5 ap. e, inc. 5, ap. f), subsanación (art. 33, inc. 5, ap. c), intermediación (art. 33, inc. 1, arts. 325 y 326, 49), saneamiento (arts. 33, inc. 5, ap. b, arts. 51, 172, 181, 247, 299, 311, 510, etc); de publicidad (art. 125 inc. 1).

Importancia

En todos los casos, tanto los principios como los sistemas adoptados por la legislación procesal son faros que deben iluminar la labor del intérprete, cuando la ley no es clara, es ambigua u oscura. Actúan como "ejes inspiradores subsidiarios en situaciones de vacíos normativos. Al interpretar se desentraña el sentido de un texto en particular, en función de la economía general de todo el sistema de la ley. Interpretar, también es integrar, como lo enseñaba Eduardo J. Couture (Estudios de Derecho Procesal Civil),

Inmediación.

Analizamos en primer lugar el sistema de inmediación, que como tal tiene su antagónico, cual es el de delegación o mediación (no como acción de mediar sino delegar las actuaciones judiciales en funcionarios de menor rango). La justicia delegada o suministrada por funcionarios,

no es justicia (Villalba Bernie, ob. cit. pág. 167).

Este sistema o principio, como se le quiera llamar, apunta a que el juez tenga, en tanto ello sea posible, un contacto directo, inmediato, contiguo, cercano y personal con las partes y con el conflicto que debe resolver (sin intermediarios), y evitando que luego se lo haga por la lectura de fríos papeles, que las más de las veces ocupan un espacio físico en casilleros abarrotados, y hacen perder de vista que detrás de ellos hay un drama humano de personas de carne y huesos, que padecen angustia, que tienen en juego su patrimonio, su intimidad, su honor, su dignidad. La inmediatez supone un juez protagonista del proceso, interviniendo directamente en su desarrollo. Se debe posicionar al hombre como eje central del derecho, de toda reforma, como el objetivo de cualquier tendencia renovadora.

Isidoro Eisner (Nuevos planteos procesales, pág. 37), lo define como el principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes o las aportaciones probatorias, a fin de que el juez o tribunal puedan conocer en toda su significación el material de la causa desde el principio de ella, quien a su término ha de dictar sentencia. Hace a la rapidez del proceso y a una mejor decisión del mismo.

La justicia y la oportunidad del fallo estarán fundamentalmente relacionadas con el cumplimiento de este principio. En la medida en el que los jueces tengan esos contactos, pueden percibir en forma inmediata y personal, a través de sus sentidos aquellas circunstancias (justicia y oportunidad) serán más seguras. No se puede juzgar a ciegas.

Este principio estuvo presente y se lo incluyó expresamente en el Anteproyecto de reforma elaborado por la Comisión designada a tal efecto. Lamentablemente quienes revisaron la reforma proyectada se encargó de relativizarlo, aunque con la reforma de la ley 8037 se lo restituyó en buena medida.

Por ello es que nos inclinamos por un proceso con preeminencia oral, un proceso mezcla de escriturario (en su primera parte) y luego por audiencias. En los sistemas puramente escriturarios, este principio sufre múltiples mutilaciones, restricciones. En éstos los jueces se circunscriben a la recepción de alguna prueba o a la ejecución

de determinados actos. Se diluye al delegar esas funciones. La presencia del juez debe ser la regla y no la excepción.

La intermediación posibilita un proceso más rápido, en tanto posibilita repreguntar a los testigos, a las partes, a los peritos; y hace a la justicia del fallo. Si la inmediatez se cumpliera no serían necesarias las medidas para mejor resolver, con lo que se evitarían dilaciones.

Tal como lo ponía de relieve Jorge W. Peyrano (El proceso civil. Principios y fundamentos), sólo cuando el proceso es vivido por el juez, puede éste ponderar reacciones y gestos de los declarantes, todo lo cual es inapreciable para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los hechos.

Este llamado principio de intermediación tiene trascendental importancia, relevancia, en las audiencias, donde el juez podrá visualizar las actitudes de las partes, el arte escénico de ellas y de los testigos; los gestos, las vacilaciones a la hora de declarar, la exteriorización de la mendacidad, el nerviosismo, el rubor del rostro. Es por ello que el juez no puede ni debe delegar ciertos actos como lo es su presencia en la audiencia preliminar o inicial. Lo ideal sería que participara en todos los actos de prueba, tal como lo establece obligatoriamente el Código General del Proceso de Uruguay de 1989 (art. 8), como otros modernos códigos (Código Modelo para Iberoamérica -1988-, Perú -1993-, Brasil -1992 y 1996- Ley de Enjuiciamiento Civil Española -2000-, La Pampa, Río Negro, Salta, Ciudad Autónoma de Bs. As., Santiago del Estero, Santa Cruz, proyecto de Paraguay, etc.).

Resulta axiomático (enseñan Augusto M. Morello, Gualberto Lucas Sosa y Roberto Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación, t. I, pág. 586) que existe relación directa entre las posibilidades para que el decisor tome contacto con las partes y las pruebas, y la justicia de la sentencia que se dicte. Es decir que, intrínsecamente, la justicia del fallo está casi inexorablemente predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en forma inmediata a través de sus sentidos. Inversamente, cuando más mediata y lejana sea la visión de las circunstancias de hecho que motivan el decisorio, como también de los propios litigantes, de los letrados y peritos, más se ha de alejar de la factibilidad teórica de una decisión ajustada a derecho.

El postulado de la libre valoración de las pruebas que reina en el proceso moderno, y a *fortiori* el respeto por los hechos en el proceso moderno son una utopía en un sistema procesal sin intermediación (Mauro Capelletti).

Ninguna reforma procesal, con visión de futuro, puede desentenderse de una premisa fundamental, esencial, cual es el agotamiento del vetusto esquema escriturario de doble instancia, sin concentración, sin intermediación

Principio de saneamiento.

Este principio, también llamado principio de expurgación, de inmaculación, deriva del principio de economía procesal y de la intermediación, principio al cual está íntimamente relacionado.

En la medida en que el juez tenga una mayor relación con el proceso, mayor será la posibilidad de aplicar el "deber" de saneamiento, que le impone el artículo 33, inc. 5, ap. b, del CPCCMSJ. Aquí se trata expresa y claramente de un "deber" que pesa sobre el juez. Con ello se procura una mayor economía de esfuerzos, evitando el largo y tortuoso camino que media entre la iniciación y la decisión.

Este principio es cada vez más aceptado en la legislación comparada a nivel internacional. Por él se confiere al juez o tribunal una serie de facultades-deberes, que llevan a resolver *in limine* todas las cuestiones que puedan obstaculizar el pronunciamiento final de la causa. Es un principio por el cual se apunta a evitar el dispendio tanto de las partes como jurisdiccional, permitiendo al juez disponer el rechazo *in limine* por su improcedencia de incidencias u otros actos similares y ordenar la subsanación de defectos.

Con el despacho saneador, el juez tiene el deber de señalar las deficiencias que pudieren aparecer y ordenar las medidas tendientes a subsanarlos. No debemos perder de vista que los recaudos adjetivos están previstos para brindar seguridad jurídica a los litigantes, y para la adecuada ordenación del proceso. Pero aun dentro de tales previsiones, cabe proscribir todo empleo que por su formalismo vacío de contenido, y su rigorismo excesivo, revele una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que se sacrifican. Los recaudos formales deben interpretarse en el sentido más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales, a la tutela efectiva, aplicando para ello la técnica de la subsanación, lo que debe ocurrir en cualquier

instancia del proceso.

Tal como lo expresa la Dra. Teresa Estévez Brasa, resulta lamentable comprobar que cuando se extrema la diligencia en la conservación de anacrónicas ortodoxias rituales, se hiere de muerte al derecho. La gran mayoría de las provincias argentinas han enderezado su accionar a ese objetivo.

Los tribunales no pueden moverse predispuestos a valerse de un despiadado formulismo, que aun cuando aparece establecido en la ley, resulta anacrónico, sin un sentido práctico, que lo único que hace es ahorrar el trabajo de entrar en el fondo, y dar una respuesta motivada sobre la procedencia o no de los agravios, alegaciones, argumentos serios traídos por los litigantes. Se debe lograr un equilibrio mesurado entre las formas como garantía de la seguridad jurídica y la justa composición de la litis.

En uno de los actos más importantes del proceso, como lo es la audiencia inicial, el juez, actuando concientemente, podrá sanear el proceso y evitar vicios posteriores, que acarrear planteos innecesarios y dilatorios, cuando no, lograr la conciliación.

La audiencia inicial actúa como un cedazo o tamiz en tanto el juez precisará el objeto del proceso, y por ende, el objeto de la prueba, rechazando la prueba superflua, inadmisibles o meramente dilatoria. En ella se deben eliminar de la litis todos aquellos obstáculos que pueden entorpecer el debate sobre el fondo.

Audiencia inicial

De todos esos actos rescatamos el de la audiencia inicial, acto sobre el cual ponemos el mayor énfasis.

Los dos principios antes vistos rápidamente se exteriorizan en todo el proceso, pero en el acto de mayor trascendencia donde ello sucede, es en la audiencia inicial.

Lamentablemente ni en el orden nacional, ni en el provincial, esta audiencia inicial, pese a las ventajas que trae, ha sido receptada por los Tribunales, en especial por algunos de ellos. Algunos jueces son remisos y esquivos para señalar esta audiencia, aun cuando las partes se la soliciten, y ello da cuenta de que no advierten las evidentes ventajas que de ella se pueden extraer no sólo para los justiciables, sino también para los tribunales. Se considera más importante lo formal que la justicia, con lo cual la litigación civil se

ha quedado en el tiempo.

Por una parte se evita decretar la audiencia, por otra algunos jueces procuran no asistir, e incluso cuando están presentes, no están imbuidos de las alegaciones volcadas en la demanda y en su contestación.

No se da la importancia fundamental de la audiencia inicial que es uno de los ejes centrales en que se cimienta el nuevo proceso. Es el momento procesal en que se aglutinan *ad-eventum*, una cantidad de actos procesales (conciliación, saneamiento, recepción de algunas pruebas, etc.).

Como bien lo expresa Osvaldo Gozaíni, "la audiencia preliminar no da los frutos esperados debido a la mentalidad de los letrados que asisten a las partes, y la cómoda mentalidad de los tribunales".

Pareciera que en el procedimiento se quiere volver a la "*extraordinaria cognitio*" del S. IV en el Derecho Romano, donde el procedimiento se vuelve escrito, secreto, sin intermediación. Antes de ello, en la época de la "*ordo iudiciarum privatorum*", reinada la oralidad, la inmediatez y la publicidad. Pareciera que queremos evitar el avance con operatividad y justicia del proceso, volviendo y manteniendo el juez observador, mero espectador.

La audiencia inicial se remonta a la "Ordenanza Procesal Austriaca" (1895), cuyo precursor fue Franz Klein que insertó la oralidad y el proceso por audiencias, siendo el juez director del proceso.

La audiencia inicial es el centro del proceso, máxime cuando procuramos un proceso más ágil y seguro, donde el hombre sea el centro del derecho, convirtiéndose en el eje central de toda reforma. Pero cambiar los hábitos no es fácil, de donde cualquier intento de reforma debe empezar por el cambio en los hombres, operadores del derecho; terminar con la idea del juez no protagonista del proceso, con el imperio de las formas sacramentales, pues lo formal no debe ser más importante que la justicia, lo cual no implica renegar de las formas procesales.

Es un deber del juez presidir la audiencia inicial, pero no sólo con su presencia física, sino de cuerpo y alma, poniendo en práctica todo el celo necesario, tomando la iniciativa en la instrucción del proceso. Si no estamos convencidos de ello, nada habremos avanzado; será un paso formal más y ninguna o poca trascendencia tendrá.

Ello requiere un cambio de actitud de los letrados y de los tribunales tan pregonado por los procesalistas modernos y no tanto. El juez debe dejar de ser un mero espectador, y convertirse en un verdadero director del proceso, con una participación activa, en la fórmula tan trillada de Niceto Alcalá Zamora; debe dejar de estar sentado en la cumbre del monte Olimpo; debe ser el centro vivo del debate conforme lo expresa Piero Calamandrei.

De nada sirve establecer por ley la obligatoriedad de la presencia del juez si éste no actúa plenamente; no actúa compenetrado en lo que se plantea.

Aquí se ven reflejados los principios de saneamiento, intermediación y concentración, que se complementan, además del principio de economía procesal.

Para que el saneamiento opere de manera eficaz, ha menester que se cumpla la intermediación en toda su extensión. La intermediación trae consigo la posibilidad de aplicar la técnica del saneamiento, de la subsanación, de la concentración y evitar los abusos del proceso.

En palabras de Osvaldo A. Gozaíni, "sin contar la renuencia a participar activamente de los jueces en el acto, la posibilidad de ponerse de acuerdo sobre algunos hechos litigiosos, conciliar sobre las relaciones sustanciales, requerir las explicaciones a las partes, etc. son ventajas que lamentablemente no las comparten ni los litigantes ni los tribunales".

Ya lo decía Mauro Capelletti: "como siempre el análisis de los problemas de la justicia conducen a la de los hombres que la administran" (sean magistrados, funcionarios, incluso los letrados participantes).

Todas estas aspiraciones no se logran por el hecho de estar en la letra del código, sino cuando se tome conciencia de sus ventajas. Parece difícil lograrlo. En la teoría, la intermediación es lo ideal, pero del dicho al hecho hay un trecho difícil de recorrer. La delegación es más frecuente que la intermediación.

Algunos estarán pensando que es un delirio, que se desconoce la realidad; que ello no es posible, por el número de causas, por la estructura del Poder Judicial, etc.

Pero no es así. Lógicamente se deberá hacer un estudio estadístico no sólo cuantitativa sino cualitativamente; se debe conocer la estructura judicial, la que se ha revertido para mejor en

los últimos tiempos, estimando que con la cantidad de tribunales existentes es suficiente para lograr un mejoramiento en la justicia. Pero se deberá actuar con inteligencia, que es la capacidad para resolver situaciones nuevas, para lo cual se requiere la inteligencia bajo el yugo de la imaginación. Albert Einstein ya lo decía: "en los momentos de crisis sólo la imaginación es más importante que el conocimiento". No bastan soluciones facilistas, meros parches. Los parches no alcanzan; se necesita cirugía mayor, procurando el menor costo posible.

La infraestructura actual del Poder Judicial es adecuada, es proporcionada a la población de San Juan, pero se debe realizar un estudio por el tipo de causas, y procurar la especialización para la distribución de ellas, y la formación de quien debe administrar justicia. En algunos casos se requerirá juzgados con mayor número de empleados e incluso de secretarías (vg. ejecuciones), pero en otros no se requerirán tantos empleados, ni más secretarías. Máxime cuando la Justicia de Paz Letrada ha absorbido gran número de causas: sucesorios, interdictos, procesos de conocimiento en los supuestos que les corresponda intervenir, etc. La Justicia de Paz Letrada se ha arrimado al justiciable, incluso territorialmente. Es elogiable a la actuación de tal justicia, que ha cargado sobre sus hombros la instrucción del proceso, incluso con una estructura, muchas veces, inadecuada.

A todo ello se debe agregar el avance de la tecnología, en especial de la informática, lo que por sí sólo no es la panacea, ni solucionará los problemas, pero es una herramienta, que usada adecuadamente, coadyuva a la mejora de la justicia. De nada servirá un proceso puramente digital si los operadores del derecho no toman conciencia de lo antes visto y se imbuyen de las causas en las que deberá intervenir.

Debemos comenzar a pensar en un proceso oral, quizá con tribunales colegiados, en instancia única, con una audiencia inicial y una de vista de la causa; tribunales bicéfalos, con la misma cantidad de empleados, etc. No es motivo de este trabajo, lo que no quita que lo abordemos en otra oportunidad. No obstante ello, esta problemática no es patrimonio exclusivo de la Provincia de San Juan, sino que se da en muchas otras provincias. Tampoco lo podemos generalizar para todos los organismos judiciales, pues los hay que con probidad y compromiso activo con la augusta misión que eligieron: impartir justicia,

cumplen adecuadamente con su misión.

Lo ideal sería implementar un proceso oral, pero tal como ya lo decía San Agustín "más importante que hacer lo ideal, es hacer lo práctico", a lo que humildemente agrego "dentro de lo posible". Cuando hablamos de proceso oral no estamos desechando la escritura, sino un proceso con preeminencia oral, donde lo escriturario predomine en la etapa introductoria (demanda y contestación), para luego dar preeminencia a la oralidad. El mundo globalizado nos exige cada vez más respuestas efectivas desde lo procesal. La realidad nos indica que son pocos los dispuestos a elaborar ideas claras demostrando que es posible remozar lo inservible, cambiar los hábitos e instalar los andamios del edificio de la justicia a la altura del tiempo actual (Augusto Morello, *El nuevo horizonte del Derecho Procesal*, 2005, p. 32).

Pero un cambio tan drástico resultará muy difícil de implementar. De allí que debemos preparar el terreno mostrando las ventajas de la intermediación. El proceso debe dejar de ser cosa de partes, para ser también, cosa del juez. Podrá declamarse livianamente que el sistema actual es cómodo para los abogados, pero no podrá concluirse seriamente que sea efectivo para la ciudadanía.

La intermediación hace a la rapidez del proceso, y también a la calidad de las decisiones, con lo que se da cumplimiento al requerimiento social, incluso a los Tratados Internacionales a los que nuestro país ha adherido (art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras).

En palabras del profesor puntano, Ramiro Podetti, "1) concentrar la recepción de la prueba en una o pocas audiencias, 2) lograr que sea el juez quien la reciba y 3) obtener que entre ese acto decisivo para la suerte del litigio y la sentencia, se obtenga en el menor tiempo posible, es todo un programa máximo de reforma procesal".

"El día que se logren esas tres aspiraciones, se habrá dado un gran paso en el mejoramiento de la justicia y en la adecuación del fallo a la verdad real y no solamente formal. Pero sin que nadie discuta esto, parece difícil llegar a obtener ello".

Lo fundamental estará dado en la fijación de la audiencia inicial. No podemos decir en general si es mejor la audiencia inicial como obligatoria (como ocurre en el CPCCN) o no, pues ello

dependerá de las circunstancias de cada lugar. Por ello, el código de San Juan ha adoptado una fórmula intermedia para el proceso ordinario, no así para el abreviado, donde claramente es un deber del tribunal señalarla, ya sea de oficio o a pedido de cualquiera de las partes (art. 451 inc. 4).

No obstante ello con la reforma de la ley 8037, si la solicita alguna de las partes, el juez debe fijarla; no es una facultad discrecional del mismo. Deja de ser una facultad para convertirse en un deber. Ello es así, pues por un lado el proceso está imbuido del sistema dispositivo, en el cual una de sus exteriorizaciones, en cuanto a las partes, es que éstas tienen en sus manos la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación y contenido de la tutela (*thema decidendum*), y la disponibilidad del derecho sustancial, todo lo cual puede ser objeto de la audiencia inicial.

La generalidad de la doctrina entiende que las facultades instructorias que el juez tiene en el proceso son deberes para él. No tiene sentido que el juez puede esclarecer la verdad; el juez debe esclarecerla. Es deber del juez el ejercicio del poder cuando lo demanda la optimización de la justicia.

Tal como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "las facultades de los jueces se erigen en deberes en tanto tales facultades se tornan de ejercicio irrenunciable en casos en que la medida que debe ordenarse de oficio, resulta decisiva para la solución de la litis (L.L. 1981-C-67).

El maestro catalán, Santiago Sentís Melendo ya lo decía, referido a los poderes del juez, que "el más natural y por ello el más frecuente de los peligros y también el más difícil de determinar, es el no ejercicio de esos poderes".

Para terminar quiero parafrasear al Dr. Gustavo A. Bossert (Paciencia y fatiga de los abogados, editorial La Nación 17/4/2006), cuando culmina su trabajo expresando que el "desaliento de quienes inician un pleito con la ilusión de obtener justicia en tiempo útil y el ejercicio de la paciencia y la fatiga que cotidianamente padece el abogado, exigen un cambio serio, raigal, que termine con los tiempos kafkianos y los embrollos laberínticos del proceso".

Todo lo antes manifestado no implica que nos sintamos dueños de la verdad, pero basta que su lectura sirva para pensar soluciones que la sociedad toda está esperando de la justicia.

ARTÍCULO N°2

La Autonomía Municipal en la Constitución de San Juan

Wbaldino Acosta (h)

La Constitución de la Provincia de San Juan, sancionada en el año 1986, regula el “Régimen Municipal” en la Sección Novena, Capítulos I a V, artículos 239 a 255.

Desde el comienzo, en el mismo preámbulo, los constituyentes dejaron bien en claro que tuvieron la finalidad concreta de actuar “promoviendo un efectivo régimen municipal”, cuestión luego plasmada en la “Sección Novena”.

En el “Capítulo I” de esa Sección, a modo de “Disposiciones Generales”, la Constitución conceptualiza al *Municipio* como *centro poblacional*¹ de más de dos mil habitantes, permitiendo la conformación de tantas entidades políticas como realidades sociológicas existan². Pero además, esas uni-

1. La Constitución de San Juan en el Artículo 239° expresa: “*Municipios*. Todo centro poblacional de más de dos mil habitantes dentro del ejido, puede constituir municipio, que será gobernado con arreglo a las prescripciones de esta Constitución, de las cartas municipales y de la Ley Orgánica que en su consecuencia dicte el Poder Legislativo”.

2. Al momento de fundamentar el sistema municipal propuesto por el bloque mayoritario de la Unión Cívica Radical, el convencional, Sr. ADÁRVEZ, explicaba que: “El régimen elegido se basa en dos grandes ideas. La idea de que la extensión de la jurisdicción municipal está dada por el radio o ejido de la ciudad principal y poblados o centros urbanos más o menos cercanos que quedan comprendidos en la zona en que efectivamente presta los principales servicios. Vale decir señor presidente, que no aceptamos exclusivamente el municipio por departamento. De tal manera que en un mismo departamento puedan existir varios municipios y cada uno de ellos de distinta categoría. La segunda gran idea en la que se basa el proyecto de la Unión Cívica Radical es el de la “autonomía municipal”. Entendemos que los centros poblacionales tienen derecho a gobernarse por sí mismos, con total independencia de los demás órganos de la provincia. Esta independencia del

dades sociológicas integradas por el número de personas indicado, gozarían de independencia y autonomía, aunque éste último atributo sólo de manera plena en los centros poblacionales de más de treinta mil habitantes, incluidos por la Carta provincial en la “primera categoría”³.

Cabe aclarar que hubieron tres proyectos de textos constitucionales redactados uno por el bloque de la mayoría (Unión Cívica Radical) y otros dos correspondientes a cada una de las minorías (FREJULI y Bloquismo). El proyecto de la mayoría contenía un cambio importante en la estructura municipal hasta ese momento organizada bajo el concepto de municipio–departamento. La reforma pretendió mudar hacia el concepto de municipio–ejido, dándose la posibilidad que hubiese más de un municipio dentro de cada uno de los diecinueve departamentos en los que se divide políticamente la Provincia⁴.

Desde el bloque mayoritario (U.C.R.) se insistió en que la configuración de un sistema municipal que permitiera adoptar forma jurídico–política a las poblaciones de más de dos mil habitantes iba a mejorar las condiciones de vida de esas comunidades, dado que se entendía que eran ellas quienes conocía o podían conocer mejor sus pro-

gobierno propio debe ser total”. (Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, día 10-04-1986, 713).

3. La Constitución de San Juan en el Artículo 240° prescribe: “*Categorías*. Los Municipios serán de tres categorías, a saber:

- 1) Los Municipios de “primera categoría”: Las ciudades de más de treinta mil (30.000) habitantes.
- 2) Los Municipios de “segunda categoría”: Las ciudades de más de diez mil (10.000) habitantes.
- 3) Los Municipios de “tercera categoría”: Las ciudades, villas o pueblos de más de dos mil (2.000) habitantes.

Los censos oficiales nacionales o provinciales legalmente practicados, determinarán la categoría de cada Municipio”.

4. El Artículo 7° de la Constitución de San Juan determina: “*División Política*. El territorio de la Provincia se divide en diecinueve departamentos a saber: Albardón, Angaco, Calingasta, Capital, Caucete, Chimbas, Iglesia, Jáchal, 9 de Julio, Pocito, Rawson, Rivadavia, San Martín, Santa Lucía, Sarmiento, Ullum, Valle Fértil, 25 de Mayo y Zonda, con sus actuales límites determinados por ley, lo que no pueden ser modificados sin previa consulta popular en los departamentos involucrados”.

blemas y atinar en la solución de los mismos. Decía uno de los convencionales del bloque U.C.R., que el municipio constituye una escuela básica de democracia, relacionando un determinado territorio con las aspiraciones y necesidades del ciudadano en su carácter de vecino, a la vez que contribuye al mejoramiento de la calidad de vida proyectado y ejercido por la propia vecindad⁵.

Vale la pena transcribir un párrafo extraído del Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, del día 10 de Abril de 1986, en el cual el convencional Dante Mauro FIGUEROA, expresaba la idea imperante en la mayoría. Al respecto el constituyente decía: “Nuestra postura parte esencialmente en reconocer la vida vecinal como una institución sociológica intuitiva, vale decir no de formación deliberativa, natural, vale decir no de formación artificial, y espontánea, vale decir no predeterminada o no convencional. Y esta institución, que la convivencia de las cosas humanas da, relacionada con el asentimiento (*sic*) territorial que esta comunidad tiene. Un asentimiento (*sic*) restringido a lo efectivamente ocupado por el grupo, determina lo que conocemos como comunidad local. Y en sentido sociológico, cuando el grupo avanza, se constituye y se organiza políticamente y administrativamente, se transforma en una comunidad política que nosotros llamamos municipio o municipalidad”⁶.

Del párrafo transcrito emerge que la intención mayoritaria del constituyente fue relacionar el concepto jurídico-político de municipio al concepto socio-político de comunidad local o *centro poblacional*, tal como resulta del propio texto constitucional.

Esta idea del municipio-ejido no fue compartida por los otros dos bloques, que se inclinaron por mantener el concepto de municipio-departamento, haciendo coincidir la entidad municipal con cada uno de los diecinueve distritos políticos que la propia constitución se había encargado de establecer y sus límites fijar.

El bloque del FREJULI, además de inclinarse por ese criterio, argumentó a favor del municipio como “unidades de descentralización política y administrativa”, es decir, sostuvieron que los mu-

5. Cfr. fundamentos del convencional Rafael Adrián ADÁRVEZ, Diario de Sesiones, 10-04-1986, 713.

6. Entiendo que ha habido un error de transcripción, y donde se lee “asentimiento” en realidad debe leerse “asentamiento”.

nicipios debían contar con *autarquía* gubernativa, administrativa y financiera, pero que “las únicas entidades con autonomía territorial, son las provincias”⁷.

Por su parte, el convencional representante del bloque Bloquista, propuso mantener el esquema tradicional consagrado en la Constitución de San Juan del año 1927, por el cual “un departamento debe ser igual a un municipio y no que un departamento pueda ser igual a varios municipios”, pero reconociendo claramente la *autonomía* de los entes locales⁸.

Si bien finalmente quedó plasmada la norma en la constitución según el proyecto redactado por la mayoría, hay que decir que el sistema real que actualmente rige en San Juan tiene que ver con la identificación de un municipio por cada uno de los diecinueve departamentos en los que se divide políticamente la provincia⁹, habiendo quedado claro que, en los hechos, el esquema tradicional propuesto por ambas minorías es el que más consenso tiene en nuestro medio.

Y la Constitución de San Juan no sólo permite formalmente la creación de municipios a centros poblados por más de dos mil habitantes, sino que además les reconoce *autonomía*.

Según la inspiración *jus naturalista* seguida por el constituyente, la comunidad local identificada con la relación de vecindad concreta real hace generar el derecho de los habitantes al gobierno propio. El dato de una realidad sociológica concretizada es lo que explica y justifica que ese régimen de gobierno tenga las características de ser autónomo, cuestión que se logra sólo si se parte del reconocimiento del municipio-ejido¹⁰.

7. Cfr. fundamentos del convencional Eduardo Luis LEONARDELLI, Diario de Sesiones, 10-04-1986, 714.

8. Cfr. fundamentos del convencional Wbalduino ACOSTA, Diario de Sesiones, 10-04-1986, 716.

9. Cfr. Artículo 2º de la Ley nº 6.289.

10. Decía el convencional constituyente Dante Mauro FIGUEROA, que el régimen de la autonomía municipal forzosamente puede darse y ser operativo si se trata de municipios determinados por ejidos o radio, y que hacerle extender al municipio grandes extensiones territoriales no habitadas o muy alejadas implicaba desconocer “el origen primero y natural de la realidad social como realidad del municipio”, para pensar que “es una creación, una entelequia fijada por la ley, creada por el Estado”. (Cfr. Diario de Sesiones, 10-04-1986, 718).

La idea que predominó en la convención consistía en que únicamente admitiendo la preexistencia de la *comunidad originaria* o realidad sociológica respecto del Estado se logra su *reconocimiento*, siendo de ese modo “fiel al principio total de la autonomía”, cuestión que no se puede lograr si se parte de la premisa que el municipio es una *creación* de la ley o del Estado.

Debe aceptarse entonces la conclusión de que el régimen municipal de San Juan diseñado por el constituyente de 1986, se sustentó en dos grandes pilares: el concepto de municipio–ejido y el principio de autonomía total.

Mas la Carta Fundamental provincial no trata de manera uniforme a los municipios sino que establece diferentes categorías tomando como parámetro exclusivo el dato demográfico. De tal suerte, son de “primera categoría” las ciudades de más de treinta mil habitantes; de “segunda categoría” las de más de diez mil; y de “tercera categoría” las ciudades, villas o pueblos de más de dos mil habitantes; cuestión que será determinada y actualizada según los censos oficiales nacionales o provinciales legalmente practicados.

No obstante las categorías municipales mencionadas, el constituyente expresamente reconoció a *todos* los municipios la calidad de entes *autónomos* en lo político y administrativo–financiero, estando facultados para ejercer sus funciones con independencia de cualquier otro poder.

La distinción entre los de primera y los de segunda y tercera categoría se advierte en que los de primera tienen la posibilidad de darse su propia carta orgánica¹¹, potestad denominada *autonomía institucional*¹².

11. Artículo 241°.- “*Cartas Municipales*. Los municipios de primera categoría dictarán su propia Carta Municipal, sin más limitaciones que las contenidas en esta Constitución. La Carta será dictada por una convención municipal convocada por el departamento ejecutivo comunal, en virtud de ordenanza sancionada al respecto. La convención municipal está integrada por un número igual al doble de los miembros del Consejo Deliberante, y serán elegidos por el pueblo de sus respectivas jurisdicciones, por sistema de representación proporcional. Para ser Convencional Municipal se necesita reunir los mismos requisitos exigidos que para ser Concejal. Las Cartas fijarán el procedimiento para sus reformas posteriores”.

12. Artículo 247°.- “*Autonomía*. Se reconoce autonomía política, administrativa y financiera, a

Una vez fijados los criterios básicos en que se inspiró el constituyente sanjuanino a la hora de regular el régimen municipal de la provincia, cabe analizar el grado de autonomía reconocido a los entes municipales.

Según enseña la doctrina provincial, los lineamientos básicos de la problemática municipal tal como fuera programada por el constituyente de 1986, pueden sistematizarse en las siguientes premisas: a) categorización municipal en entes de primera, segunda y tercera categorías; b) dualidad en el reconocimiento de autonomía a las entidades municipales, la que será plena para los de primera categoría y semiplena o relativa en los de segunda y tercera categorías; c) enunciación de ciertos principios liminares o condiciones básicas que deben ser respetados en la confección de las cartas municipales por los entes de primera categoría, en el ejercicio de su atribución de autonormatividad constituyente¹³; d) innecesariedad de aprobación posterior por parte de la Legislatura provincial de las cartas sancionadas por los municipios de primera categoría; y e) individualización del instrumento jurídico genérico (Ley Orgánica de Municipalidades) que regirá la sistematización de los municipios de segunda y tercera categorías¹⁴.

Admitidos tales lineamientos generales, en lo sucesivo, seguiré el método de análisis enseñado por el profesor Horacio D. ROSATTI, aceptando que el municipio es un ente que “tiende” a la autonomía, lograda plenamente cuando se le reconoce el contenido íntegro de las cinco atribuciones siguientes: 1º) autonormatividad constituyente; 2º) autocefalía; 3º) autarcía o autarquía; 4º) materia propia; y 5º) autodeterminación política.

todos los municipios. *Los de Primera Categoría tienen además autonomía institucional*. Todos los municipios ejercen sus funciones con independencia de todo otro poder”. (El destacado ha sido agregado).

13. En relación a la expresión “autonormatividad constituyente”, la doctrina local remite a Horacio Daniel ROSATTI, “El federalismo en la reforma”, en AA. VV., *La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la comisión redactora*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 1994, 223.

14. Cfr. Víctor BAZÁN y Adriana TETTAMANTI de RAMELLA, “El Sistema Municipal en la Provincia de San Juan y su régimen de contrataciones”, *Revista de Derecho Público*, 2004-2, Derecho Municipal, Rubinzal–Culzoni, 290.

Por medio de este mecanismo trataré de llevar a cabo lo que podría considerarse el *test de autonomía* de los municipios argentinos, enfocado a la realidad institucional de la Provincia de San Juan.

Previo al examen de los mentados atributos es necesario advertir que si bien la Constitución de San Juan fue sancionada en el año 1986, el régimen municipal fijado en ella es absolutamente compatible y se ajusta perfectamente al diseño del constituyente nacional, el cual en la reforma del año 1994 incorporó el *nuevo* artículo 123º, por el que se exige a las provincias que aseguren la *autonomía* municipal, permitiéndoles reglar el *alcance* y los *contenidos* en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Respecto de la capacidad de los municipios sanjuaninos para darse sus propias cartas fundamentales en el marco del derecho no originario, vemos que la Constitución de San Juan regula de manera diferente la situación de los entes locales según sean de primera o de segunda y tercera categoría.

Cuando los centros poblacionales cuentan con más de treinta mil habitantes, según los censos oficiales, pueden ser considerados municipios de primera categoría, y por la adquisición de tal calidad cuentan con la potestad de otorgarse su propia Carta Orgánica Municipal, facultad denominada por la doctrina especializada *autonormatividad constituyente* y por la propia constitución local *autonomía institucional*.

Es dable destacar que en el constituyente provincial del año 1986 existía la idea de que la autonomía reconoce grados y que no todos los entes municipales deben ser regulados de la misma forma, sino que es posible hacerlo de manera diferente atendiendo las especiales circunstancias de cada zona. Lo objetable, tal vez, sería que se haya tomado como cartabón exclusivo el número de habitantes.

De este modo, cabe concluir al respecto que la Constitución de San Juan reconoce autonomía municipal *plena* o el máximo grado del atributo sólo en los municipios de "primera categoría". Las otras dos categorías restantes no cuentan con autonormatividad constituyente, debiendo regirse por la ley orgánica de municipalidades¹⁵.

15. El Artículo 243º de la Constitución de San Juan expresa: "*Ley orgánica*. Los municipios de segunda y tercera categoría se regirán por la Ley Orgánica que al afecto dicte la Cámara de Diputados, so-

La facultad de los municipios de "primera categoría" para dictar su propia Carta municipal está lógicamente sujeta al respeto de los principios contenidos en la Constitución Provincial, los que han sido también enumerados a modo de "condiciones básicas" que las cartas orgánicas deben asegurar: el régimen democrático participativo, representativo y republicano; la existencia de un departamento ejecutivo unipersonal y de otro deliberativo; un régimen electoral directo, por sistema de representación proporcional; y un régimen de control de legalidad del gasto¹⁶.

También la Constitución provincial determina el órgano competente para dictarla, prescribiendo que debe hacerlo "una convención municipal convocada por el departamento ejecutivo comunal, en virtud de ordenanza sancionada al respecto", y que la convención municipal estará integrada por un número igual al doble de los miembros del Concejo Deliberante¹⁷, elegidos por sistema de representación proporcional por el pueblo de sus respectivas jurisdicciones, exigiendo para los convencionales municipales los mismos requisi-

bre las bases establecidas en esta Constitución. Se compondrán de dos departamentos, uno ejecutivo y otro deliberativo".

16. Cfr. Artículo 242º de la Constitución de San Juan.

17. El Artículo 245º de la Constitución de San Juan dispone: "*Concejo Deliberante*. El Departamento Deliberativo de las municipalidades está integrado por un concejo, compuesto por cinco concejales fijos, a los que se suma uno cada quince mil habitantes, elegidos directamente por el pueblo de acuerdo al sistema de representación proporcional. Ningún Concejo Deliberante puede estar integrado por más de doce miembros. Duran cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

Son requisitos para ser Concejales: tener más de veintiún años de edad y estar inscrito en los padrones respectivos; en caso de ser extranjero, tener una residencia mínima y continua de cinco años en el municipio.

El asiento del Concejo Deliberante está en el ejido de la Municipalidad, pudiendo sesionar en los distintos poblados, villas o distritos sometidos a su jurisdicción, cuando por razones de conveniencia resuelva hacerlo por simple mayoría de votos.

El Presidente del Concejo tiene voto y decide en caso de empate.

Simultáneamente con los Concejales titulares se eligen Concejales suplentes".

tos que para los concejales y permitiendo que las propias cartas determinen el procedimiento para sus reformas posteriores¹⁸.

Y hasta tanto los centros poblacionales no cuenten con más de treinta mil habitantes, serán considerados municipios de "segunda categoría" (de más de diez mil habitantes) y de "tercera categoría" (de dos a diez mil habitantes), gozando de una autonomía *semiplena*, porque ambas categorías no estarán todavía en condiciones de dictarse sus cartas municipales¹⁹.

A los municipios de segunda y tercera categorías se les reconoce autonomía política, administrativa y financiera, pero no la institucional, por lo que deberán regirse por la ley orgánica dictada por la Cámara de Diputados de la Provincia.

En el año 1992 se sancionó la ley n° 6.289, que regula el régimen municipal, también conocida como Ley Orgánica de Municipalidades (LOM).

En el Título I, Capítulo I, la ley habla de la naturaleza jurídica del municipio, caracterizándolo como "la sociedad organizada políticamente en una extensión territorial determinada con necesarias relaciones de vecindad, sobre una base de capacidad económica, para satisfacer los gastos del gobierno propio y con personalidad jurídica Pública Estatal".

A su vez, en el Capítulo II, se reconocen en la Provincia diecinueve municipios, con equivalencia respecto de los diecinueve departamentos enumerados en el artículo 7° de la Constitución provincial. La única diferencia radica en que mientras la Constitución habla del *departamento* "Capital", la ley n° 6.289 reconoce el *municipio* "Ciudad de San Juan".

Otra particularidad de la Ley Orgánica de Municipalidades es que dispone que la Cámara de Diputados de la Provincia *reconocerá* nuevos municipios cuando por su población, por la comunidad de intereses e importancia de sus actividades económicas, reúna las condiciones para tener vida propia²⁰. Además prescribe que los límites de los municipios no pueden exceder los correspondientes al departamento respectivo²¹, y que la competencia territorial se extiende hasta

esos límites²², apartándose, de esa forma, del espíritu del constituyente provincial de 1986, según ya vimos.

En el Título II, la LOM legisla sobre el Departamento Deliberativo o Concejo Deliberante, y en el Título III, del Departamento Ejecutivo o Intendente, ambos órganos obligatorios con que deberán contar los municipios de segunda y tercera categoría, conforme lo prevén los artículos 243, 244 y 245 de la Constitución Provincial.

A modo de colofón, puede informarse que el régimen municipal de la Provincia de San Juan contempla una autonomía *plena* que incluye la facultad de autonormatividad constituyente o autonomía institucional sólo para los municipios de "primera categoría"; y una *semiplena*, que no incluye tal potestad, para los de segunda y tercera categorías.

En cuanto a la capacidad para elegir autoridades propias, denominada por la doctrina calificada *autocefalia* y por la Constitución de San Juan *autonomía política*, el régimen provincial trata de manera uniforme a todos los municipios, determinando expresamente que tanto el Intendente como los Concejales son elegidos por el voto directo del pueblo, el primero a simple pluralidad de sufragios y los segundos de acuerdo al sistema de representación proporcional²³.

La Constitución provincial también se encarga de decir que son electores municipales todos los inscritos en el registro electoral con domicilio real en el territorio municipal²⁴.

Asimismo, los municipios pueden convocar a elecciones y nombrar funcionarios y empleados municipales²⁵.

De manera que la aludida atribución se cumple satisfactoriamente en la totalidad de los diecinueve municipios correspondiente a los diecinueve departamentos en que se divide políticamente la Provincia de San Juan.

Con igual intensidad y uniformidad se regula la posibilidad de que los municipios cuenten con recursos propios y dispongan de ellos.

Esta *autonomía financiera*, según la Constitución local, o *autarcía* o *autarquía*, según la doctrina de

18. Cfr. Artículo 241° de la Constitución de San Juan.

19. Cfr. fundamentos del convencional FIGUEROA, Diario de Sesiones, 10-04-1986, 718.

20. Cfr. Artículo 3° de la Ley n° 6.289.

21. Cfr. Artículo 5° de la Ley n° 6.289.

22. Cfr. Artículo 4° de la Ley n° 6.289.

23. Cfr. Artículo 244° y 245° de la Constitución de San Juan.

24. Cfr. Artículo 248° de la Constitución de San Juan.

25. Cfr. Artículo 251°, incisos 1°, 4° y 5°, de la Constitución de San Juan.

los autores, se encuentra garantizada en el régimen municipal sanjuanino de manera indudable, cuanto menos desde el punto de vista formal o normativo, dado que el texto constitucional autoriza a todos los entes municipales a obtener sus propios recursos mediante la percepción de los servicios retributivos, tasas y patentes municipales; de la contribución por mejoras en relación con la valorización del inmueble como consecuencia de una obra municipal; de las multas y recargos por contravenciones; del producto de la venta de bienes municipales, servicio de peaje y la renta de bienes propios; de las donaciones, subsidios y de los beneficios que perciban del otorgamiento de concesiones para la explotación de servicios públicos; además de los que sean producto de la coparticipación municipal de los impuestos nacionales y provinciales²⁶.

Lo dicho es en cuanto a la posibilidad de obtener o generar recursos, pero también los órganos deliberativos de todos municipios, a instancia de los órganos ejecutivos que son los encargados de enviarlos, cuentan con la potestad de elaborar y sancionar los presupuestos anuales y disponer a través de ellos la forma en que serán aplicados dichos recursos²⁷.

Todos los municipios pueden a su vez contraer empréstitos con fines determinados²⁸; hacer y adquirir obras²⁹; contratar servicios públicos, otorgar permisos y concesiones³⁰; y en general, crear recursos permanentes o transitorios cuya percepción no haya sido delegada a la provincia³¹.

Adicionalmente, la ley n° 6.289, Título II, Capítulo VII, permite la ejecución de obras públicas municipales regulando las competencias y los procedimientos para cada caso.

En punto al reconocimiento de un contenido específico o *materia propia* municipal, dentro de la cual el ente local cuenta con facultades de legislación, ejecución y jurisdicción, la Norma Fun-

26. Cfr. Artículo 253° de la Constitución de San Juan.

27. Cfr. Artículo 251°, inciso 2°, de la Constitución de San Juan.

28. Cfr. Artículo 251°, inciso 3°, de la Constitución de San Juan.

29. Cfr. Artículo 251°, inciso 7°, de la Constitución de San Juan.

30. Cfr. Artículo 251°, inciso 6°, de la Constitución de San Juan.

31. Cfr. Artículos 251°, inciso 13°, y 253°, inciso 1°, de la Constitución de San Juan.

damental provincial se encarga de puntualizar la potestad de dictar ordenanzas y reglamentos sobre urbanización, tierras fiscales municipales, transportes y comunicaciones urbanas, sanidad, asistencia social, espectáculos públicos, costumbres y moralidad, educación, vías públicas, paseos y cementerios, de abastecimiento, ferias y mercados municipales, forestación, deportes, registros de marcas y señales, contravenciones, y en general todas las de fomento e interés comunal³²; pueden acordar licencias comerciales dentro del ejido³³; y también dictar todos los actos necesarios para el ejercicio de los poderes de los municipios, pudiendo imponer sanciones compatibles con la naturaleza de sus poderes³⁴.

Como se observa, la materia municipal es amplia, e incluye la posibilidad de crear tribunales de faltas y la policía administrativa municipal³⁵, lo que le permite a los entes locales verificar el cumplimiento de las disposiciones que emiten.

Pero además, según he interpretado, el espíritu del constituyente de 1986 estuvo impregnado de la doctrina que inspira el principio de subsidiariedad³⁶, lo cual se extrae de la importancia que se

32. Cfr. Artículo 251°, inciso 12°, de la Constitución de San Juan.

33. Cfr. Artículo 251°, inciso 14°, de la Constitución de San Juan.

34. Cfr. Artículo 251°, inciso 17°, de la Constitución de San Juan.

35. Cfr. Artículo 251°, inciso 5°, de la Constitución de San Juan.

36. El principio de *subsidiariedad* reconoce su fuente en la doctrina socialcristiana, y puede sintetizarse como aquél que determina que una institución u organización social superior no debe interferir en el desarrollo interno de una institución u organización social inferior, de modo tal que con su intervención se socave la *autonomía* en el pleno ejercicio de sus competencias, sino que, a la inversa, el objetivo primordial de la estructura social de orden superior debe estar orientado a ayudar a conseguir las metas fijadas como pautas por el cuerpo social menor, trabajando fundamentalmente en la coordinación de todas las acciones conducentes a fin de alcanzar los objetivos comunes.-

Según el principio, se prescribe: a) que la sociedad de mayor entidad debe dejar a las personas y a sus diferentes componentes todo lo que ellos puedan realizar responsable y eficazmente; b) que los grupos de orden inferior tienen la responsabilidad

les da a las organizaciones más pequeñas. Los municipios de San Juan pueden crear *comisiones vecinales* en aquellos grupos poblacionales de más de quinientos habitantes³⁷, para un mejor gobierno comunal y para proveer lo conducente a la prosperidad y bienestar general.

En virtud de tal premisa, entiendo que es dable proponer que la materia que el constituyente provincial de 1986 ha previsto como propia de las organizaciones locales es bastísima, tanta cuanto puedan hacer eficiente y eficazmente para el provecho de la localidad.

El último tópico a analizar es si los municipios sanjuaninos cuentan con *autodeterminación política*, entendida ésta como el marco de garantías locales frente a los diferentes elementos de presión (políticos o económicos) ejercidos desde una instancia de decisión más amplia, cuando esos elementos de presión puedan efectivamente condicionar el ejercicio de las atribuciones municipales. Dicho de otro modo, falta analizar si los gobiernos locales cuentan con verdaderas garantías de funcionamiento autónomo.

Desde este prisma, puede decirse que según el régimen estipulado en la Constitución, todos los municipios, según su categoría, tienen derecho a un porcentual del total que la Provincia perci-

de colaborar en el sostenimiento y la consecución de los objetivos de la organización superior; c) en la hipótesis de que una determinada actividad sea considerada de interés general y que las personas o grupos menores no puedan o no quieran realizarla, la sociedad de entidad superior debe asumir la obligación de ejecutar la tarea necesaria, pero lo hará en forma transitoria, en función de su compromiso ineludible de promover la existencia de las personas o grupos que sean idóneos para el desarrollo de las actividades necesarias para el cuerpo.-

Extrapolando el principio de la doctrina social-cristiana al Estado, se sostiene que éste no debe entrometerse en aquellas tareas de interés y beneficio común que puedan ejecutar eficiente y eficazmente las personas individualmente o las instituciones intermedias, sino que debe hacerlo sólo supletoriamente y con fines promocionales. (El contenido de la nota ha sido extraído del *Informe Final* realizado para la materia *Derecho Público Provincial*, en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral).

37. Cfr. Artículo 252° de la Constitución de San Juan.

be en concepto de coparticipación federal, en el *mismo* tiempo y forma que aquélla lo perciba (coparticipación municipal de los impuestos nacionales); y además, tienen derecho a un porcentual de la totalidad de los impuestos percibidos por la Provincia (coparticipación municipal de los impuestos provinciales).

La *ley* debe determinar el porcentual referido, tratando de favorecer a los de menores recursos y a aquellos gobiernos locales que se encuentren ubicados en áreas y zonas de frontera³⁸.

Si bien el mandato constitucional no ofrece dificultades en su interpretación, lo cierto es que nuestra Provincia nunca tuvo un régimen de coparticipación municipal acorde a lo que el artículo 253°, inciso 8, dispone.

No hay una ley que determine los porcentuales que corresponden a cada municipio ni tampoco éstos reciben los fondos provenientes de la coparticipación de impuestos federales en el mismo tiempo y forma en que son recibidos por la Provincia.

La cuestión de la distribución de los montos transferidos a los municipios de San Juan, está hoy ordenada mediante los denominados "regímenes transitorios de distribución de recursos fiscales", con vigencia a partir del año 2000, en que se sancionó la ley nº 7.118, conducto por el cual se estableció un método que consiste en fijar un monto de "masa coparticipable", variable anualmente conforme las leyes de presupuesto, y distribuida según criterios de oportunidad, mérito y conveniencia legislativa a instancia ejecutiva. Es decir, es el Poder Ejecutivo provincial quien determina el monto que a cada municipio le corresponde en el proyecto de ley de presupuesto que envía a la Cámara de Diputados, quien, al sancionarla, sienta las pautas de distribución.

Evidentemente el método no ofrece mayores garantías a los Intendentes o jefes comunales distantes del Ejecutivo provincial, quienes no encontrarán demasiadas explicaciones racionales acerca del *quantum* y la forma en que le llegan los recursos correspondientes a sus municipios.

Por ello, considero que es necesario el tratamiento y la sanción de una ley provincial de coparticipación municipal de impuestos, que haga previsible y más transparente el manejo de los fondos públicos, mejorando el funcionamiento de los gobiernos locales, lo que sería, sin dudas, un avan-

38. Cfr. Artículo 253°, inciso 8°, de la Constitución de San Juan.

ce en el camino de la consolidación del régimen municipal planeado por el constituyente provincial, y más cerca de la pretendida *autonomía municipal* consagrada por el constituyente nacional de 1994³⁹.

ARTÍCULO N°3

LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

UN NUEVO DESAFÍO JURÍDICO DE NUESTROS TIEMPOS

Maximiliano Germán Videla⁴⁰

Sumario: 1. Introducción. 2. La protección de los datos personales en la legislación nacional. 3. Autoridades de protección de los datos personales en la Argentina y en el extranjero. 4. Principales fuentes de riesgo de la actualidad. 5. Tratamiento de la cuestión desde la Unión Europea. 6. Utilidad de la mediación. 7. Conclusiones.

“El marketing de la información transformó, hoy por hoy, a la criatura humana en una indefensa y vulnerable presa de esta suerte de frenética cacería de datos...”

Samuel Beiderman⁴¹

1. INTRODUCCIÓN

El hombre, como miembro de una sociedad y de un estado de derecho, se encuentra normalmente ante la necesidad de brindar muchos de sus datos personales a terceras personas, a diversos entes u organismos privados o públicos y al propio Estado.⁴² Resulta claro

39. El viejo artículo 106 de la Constitución Nacional (texto de 1853-1860), decía: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5°”. El nuevo artículo 123 de la Constitución Nacional (texto de 1994, agregó: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

* Abogado, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Juzgado de Control Penal Económico y Anticorrupción), Doctorando (U.N.C.), Especializando (U.C.C.), Investigador (Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Nuñez, Pod. Jud. Pcia. Cba.), Adscripto: Cátedras de Derecho Penal “I” y Derecho Constitucional - Facultad de Derecho y Cs. Ss. - U.N.C.

40 “El infame cirujeo de guante blanco”, diario “Clarín”, Bs.As. 05/08/98. cit. Por CESARIO, Roberto, *Hábeas Data*, Ley 25.326, Ed. Universidad, Bs. As., 2001, p. 36).

41 El hombre siempre fue, a lo largo de su vida, objeto de múltiples anotaciones referidas a sus datos personales mediante actas y registros (nacimiento, vacunación, ingreso a la escuela, trámites administrativos y judiciales, afiliación a partidos políticos, suscripción de cuentas bancarias,

así, que los datos personales no comprenden una esfera de información que siempre se mantiene reservada exclusivamente al conocimiento de su titular, sino que muchas veces resulta útil y necesario que diversos datos sean exteriorizados.

Sin perjuicio de ello, en nuestros tiempos son múltiples las amenazas a la intimidad, la privacidad y el honor de las personas que se gestan a partir de la disposición inadecuada de datos o imágenes personales en el marco de las modernas tecnologías relacionadas a la información, a su almacenamiento, su comunicación, su negociación y su difusión.

Es que actualmente se multiplicaron de manera inquietante las registraciones y huellas que cada ser humano deja diariamente en los bancos de datos electrónicos. Se advierte un aumento de bases de datos y de redes telemáticas, lo que viene acompañado del mercado negro de listados electrónicos con información confidencial, el telemarketing y otras cuestiones que merecen un análisis particular.⁴³

De este modo, han ido cambiando los problemas relacionados a la protección de los datos personales, verbigracia, mientras antes preocupaba que la información se archivara ahora preocupa que esta sea vendida, pues la información almacenada es capital acumulado. Nos encontramos así ante un nuevo contexto que los autores han denominado “mundo digital”, “aldea global”, “era digital”, “era de la información” o “era de la informática”, es decir, un mundo en donde la comunicación fluye como nunca antes en la historia de la humanidad, en el que no existen fronteras para relacionarse y comunicarse para ofrecer y adquirir bienes y servicios, para brindar y recibir información. Se conforman así redes transnacionales, movimientos de población, relaciones infinitas, conmoviendo o atrapando virtualmente todas las áreas de la actividad humana.⁴⁴

Esta revolución de la información ha encontrado su máximo esplendor con los avances de los medios informáticos y el surgimiento y evolución de Internet.⁴⁵ A través de esta red la

etc.). CESARIO, Roberto, op. cit. p. 31.

42 Telemarketing: Llamadas telefónicas provenientes de toda clase de firmas y operadores comerciales ofreciendo productos y servicios. Se señala que la explosión de nuevas tecnologías y medios permiten monitorear los hábitos de consumo de la gente, con Internet a la cabeza, lo que exige a las compañías un manejo cuidadoso de los datos personales. Se señala que el comercio electrónico es el tema en los Estados Unidos. CESARIO, Roberto, op. cit. p. 35.

43 CESARIO, Roberto, op. cit. p.31.

44 Red que nace en la década del sesenta bajo el nombre de “Arpanet”,

búsqueda de información es amplísima, no encontrándose limitada ya a los datos disponibles en un disco rígido o láser, sino, en cambio, siendo posible intercambiar opiniones con personas de otros países.⁴⁶

Se advierte así un advenimiento veloz de la Telemática, es decir, que ahora toda la información que antes sólo podía recuperarse del propio ordenador que la contenía directamente, viaja por todo el ciberespacio y puede ser recuperada en cualquier punto del planeta por cualquiera que tenga las instalaciones para ello. Existe así una especie de superautopista informática por la que se produce la transmisión de datos que dan vuelta por todo el mundo. Puede sostenerse por ello, sin lugar a dudas, que Internet es la mayor base mundial de información.⁴⁷

Pero, paradójicamente, Internet ofrece dos caras a la humanidad. Por un lado, constituye el mayor avance tecnológico del hombre en materia de información, comunicación y desarrollo de relaciones interpersonales⁴⁸, mientras que, por otro, parece convertirse de manera progresiva en una de las mayores amenazas de la actualidad contra la intimidad, el honor y la libre disposición de los datos personales. Así, como tantas veces ha ocurrido, el hombre genera avances científicos y tecnológicos que pueden utilizarse para fines benéficos o perjudiciales.

Por supuesto, si bien internet es la principal

como un proyecto de interconexión de computadoras del gobierno de Estados Unidos, al que luego se fueron sumando centros universitarios, de investigación y redes privadas de ordenadores de todo el mundo. Actualmente constituye un gigantesco conglomerado de vías digitales de comunicación, habiendo cobrado mayor difusión el uso de las redes informáticas para acceder a internet en los últimos años debido a la uniformidad de estándares de comunicación, la modernización (digitalización) de la red telefónica pública, la gran cantidad de servidores que se habilitaron, la filosofía de investigación con que nació la red y el hecho de que la gran mayoría de los bancos de datos que existen son de acceso público y gratuito.

46 Específicamente desde la perspectiva jurídica, internet hace factible conocer con mayor facilidad el derecho comparado accediendo a modelos legislativos extranjeros. En definitiva, internet, desde un buen uso, facilita nutrirse de una gran fuente de cultura.

Seguimos lo expuesto por Pablo A. Palazzi, cit. por Cesario, Roberto, op. cit. p. 30.-

47 El término "Telemática" surge de la relación que se establece entre la palabra informática y telecomunicaciones. Se señala que hoy la comunicación puede conocerse prácticamente al instante y en todo el mundo, venciendo las barreras del tiempo y el espacio. (Cesario, Roberto, op. cit. p. 29). Conforme estudio estadísticos a los que refiere Cesario, se ha concluido que estimativamente en estados Unidos, por cada minuto se agregan 2.000 páginas a Internet y se envían 9 millones de mails (Pierini-Lorences-Tornabene cit. por CESARIO, Roberto, op. cit. p. 30).

48 Según el informe 'Navegantes en la Red' publicado en por de la Asociación para la Investigación de medios de comunicación (AIMC), más del 50 por ciento de los internautas españoles están registrados en redes sociales. <http://www.20minutos.es/noticia/482418/0/interne/facebook/aepd/>, cit. en **Revista Electrónica del Centro de Protección de Datos Personales (en adelante RECPDP)**, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sitio web: <http://www.habeasdata.org.ar/> 22.07.09.

amenaza actual contra la intimidad, la privacidad y el honor de las personas, existen otros ámbitos que también ponen en riesgo la información personal en estos tiempos.

El tema que nos ocupa encuentra amplio contenido legislativo, doctrinario y jurisprudencial, que ha justificado y sigue justificando la realización de múltiples estudios orientados a estos aspectos. No obstante, en esta oportunidad hemos decidido priorizar un análisis práctico de las fuentes de riesgo y los modos en que comúnmente se gesta desde la realidad un tratamiento inadecuado de los datos personales. Pensamos que ello importa una perspectiva útil ante una problemática caracterizada por su especial dinamismo, e importa un análisis complementario de aquellos otros estudios que se focalizan en la legislación, la jurisprudencia y los criterios de interpretación doctrinaria en materia de protección de los datos personales.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

En materia de legislación para la protección de datos personales la doctrina distingue tres generaciones de leyes protectivas: a. La leyes de primera generación: tienen por objeto garantizar los derechos individuales estableciendo determinados límites al empleo de la informática⁴⁹; b. Las leyes de segunda generación: muestran interés en asegurar el derecho de acceso de las personas a las informaciones que les conciernen, centrandose especialmente su atención en la calidad de los datos y no en el hardware que los memoriza, mediante cláusulas específicas de protección de las informaciones consideradas sensibles, debido a su directa incidencia sobre la vida privada o sobre el ejercicio de las libertades; c. La tercer generación, se hace cargo de los cambios en la tecnología provocados por la revolución microinformática y, también, de la necesidad de conciliar la defensa de los datos personales con las exigencias de una sociedad en la que la transmisión de informaciones constituye un compromiso social, económico, político y cultural ineludible.⁵⁰

49 Se interpreta que la eficacia de la protección reposa en la autorización previa del banco de datos y en el control de su gestión mediante órganos específicos de vigilancia. Esto se daba en la época en la que las computadoras eran escasas y los hardware voluminosos, y, por ende, localizables con facilidad.

50 FAPPIANO, *Hábeasdata: una aproximación a su problemática*, en "Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio", vol. I, p. 647 y 648, cit. por PUCCINELLI, Oscar R. *Protección de datos de carácter personal*, Ed.

En la legislación Argentina, el art. 43 -3º párrafo- de la Constitución Nacional establece que toda persona podrá interponer acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos, no pudiendo afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba, en su art. 50, en consonancia con la norma constitucional a nivel nacional, establece que toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro y la finalidad a que se destina esa información, y a exigir su rectificación y actualización, no pudiendo dichos datos registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando se tenga un interés legítimo.

A su vez, en el año dos mil se sancionó la ley Nacional Nº 25.326 de protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también, el acceso a la información que sobre las mismas se registre. Esta ley y su reglamentación han interpretado el alcance del art. 43 de la CN, creando a la vez una vía procesal como es el proceso de habeas data, que deja de tratarse como juicio de amparo para constituir un modelo diferente y singular.⁵¹

Esta legislación ha previsto su objeto en el artículo 1, incluyendo la protección del honor y la intimidad. En sus artículos 5 y 6 se reglamenta el consentimiento informado⁵², recaudo que

como veremos más adelante, no suele ser muy respetado en la práctica. Por su parte, en el art. 7 contempla la protección de los datos sensibles.⁵³ Se regulan asimismo los casos en que se encuentra autorizada la transferencia de información desde un registro público a uno privado.⁵⁴ En el art. 13, se enuncian los derechos de los titulares de los datos.⁵⁵ En el art. 14 se prevé el derecho de acceso⁵⁶ que tienen las personas ante los archivos públicos y privados destinados a dar información.⁵⁷ En el art. 16 se establece el derecho

que puede revocar sin expresión de causa, de modo que el titular conserva el derecho de evitar un tratamiento autorizado por error, y si considera que fue obtenido por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a la ley, denunciar el hecho ante la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales. La cesión de datos personales también exige consentimiento de su titular cfr. El art. 11. Asimismo, una persona puede autorizar el archivo de sus datos personales y prohibir su circulación. Pero, si el titular de los datos, debidamente informado conforme el art. 6, inclusive en los aspectos técnicos de la base de datos, consiente del almacenamiento y la cesión a sabiendas de la poca confiabilidad que el archivo merece, no podrá cuestionar aquello que con sus propios actos provoca. Se aclara que cuando existe inobservancia de las disposiciones y del deber de seguridad impuesto en las reglas que autorizan transmitir datos sin el consentimiento, la responsabilidad se reúne tanto en el cedente como en el cesionario. (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, op. cit. p. 68, 73-74, 138, 150-151 y 156.)-

53 Se establece que nadie está obligado a proporcionarlos, y que sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o con finalidades estadísticas o científicas cuando no sean identificados sus titulares. Se prohíbe la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros. Asimismo, se señala que los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes. (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, op. cit. p. 93.)-

54 Se señala que sólo se autoriza en dos casos: a. Cuando se trate de datos no disponibles, se necesita de una ley que permita la cesión; b. cuando los datos son de fácil acceso, por decisión del titular de la Comisión Nacional de Protección de datos Personales. En ambos casos se exige el cumplimiento de los principios de información y control sobre la base de datos (Cap. II y III de la ley). Por su parte, está prohibida la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales o supranacionales que no proporcionen niveles de protección adecuados, salvo excepciones: colaboración judicial internacional, investigaciones epidemiológicas, transferencias bancarias, cuando la transferencia esté acordada por un tratado internacional en que Argentina sea parte, cuando sea por razones de cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico. (GOZAÍNI, Osvaldo A., op. cit. p. 159.)-

55 Se señala que toda persona tiene derecho a requerir a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales información sobre: **a.** existencia de archivos de información personal, públicos o privados, inscriptos en ella; **b.** finalidades registradas; **c.** nombre y domicilio del titular o responsable de cada base o banco de datos.

56 Dejando a salvo las excepciones previstas en el art. 17 respecto al derecho de acceso y control: a. 1. Defensa de la Nación; b. Defensa del orden; c. Defensa de la seguridad pública; d. Protección de los derechos e intereses de terceros; e. Cuando se obstaculice una actuación judicial o administrativa en curso, referida a obligaciones tributarias o previsionales; f. Cuando impida el desarrollo de actividades de control de la salud; g. Cuando obstaculice el control del medio ambiente; h. Cuando impida o genere dificultades en la investigación de delitos penales; i. Cuando impida o genere dificultades en la verificación de infracciones administrativas.

57 Esto incluye: solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, en forma gratuita. También se ha previsto el derecho de acceso a los archivos para controlar el cumplimiento de las finalidades

Astrea, Bs. As, 2004. p. 20 y sgtes.

51 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional – Habeas data – Protección de datos personales – Ley 25.326 y reglamentación (decreto 1558/2001), Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 11-12.

52 Se señala que el consentimiento informado es aquel que está precedido de una explicación adecuada al nivel social y cultural del titular de los datos. El principio cardinal es el consentimiento expreso, es decir, emitido en forma escrita o por otro medio equiparable en su fehicencia. Esto implica que el titular del dato, en forma voluntaria e inequívoca, manifieste su conformidad para el tratamiento de sus datos personales. La manifestación de esta voluntad no se presume, pero se admite la utilización de formularios o sistemas informáticos que aseguren la libertad del acto y la información suficiente para que la voluntad requerida no sea confundida. El consentimiento requerido debe interpretarse con la finalidad de evitar acciones contrarias a la lealtad y buena fe que impera en la recolección de datos. El mismo, se

de rectificación, actualización, confidencia y supresión. En el art. 27 se prevén las sanciones ante las infracciones a la ley. En el art. 29 se prevén los órganos de control a los fines de asegurar la eficacia de la ley. Por su parte, en el art. 31 se ha dispuesto que, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan en los casos de responsables o usuarios de bancos de datos públicos, de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la inobservancia de la ley, y de las sanciones penales que correspondan, el organismo de control podrá aplicar las sanciones de apercibimiento, suspensión, multa, clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos. Por último, cabe referir que en el art. 33 se contempla la acción de protección de los datos personales o de habeas data.⁵⁸ Mediante estas previsiones, se observa que la ley, además de la protección integral de los datos personales reunidos en archivos de carácter público o privados destinados a dar informes, tiene como finalidad garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas.⁵⁹ El antecedente más concreto de nuestra ley es la legislación española.⁶⁰

En materia penal, el Código Argentino ha previsto en su art. 117 bis la pena de prisión para quien inserte o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales, aumentándose la pena cuando de ello se derive un perjuicio a alguna persona y, en caso de tratarse de un funcionario público, se le agrega la accesoria de inhabilitación. Por su parte, en el art. 157 bis, se sanciona con prisión a quien a

tuitivas de la ley. El derecho de acceso debe respetar que en ningún caso el informe podrá revelar datos de terceros, aun cuando se vinculen con el interesado. La pretensión informativa se podrá plantear sobre cualquiera de las siguientes cuestiones: a. conocer si está en el archivo; b. Conocer los datos que de él se tienen archivados; c. saber de quien obtuvieron los datos, cuando no fuera él mismo quien voluntariamente los aportó; d. saber por qué medios se almacenó la información personal que le incumbe; e. Ser informado sobre las finalidades que tiene el fichero respecto con sus datos; f. Ser informado sobre el destino (lugares o personas) hacia donde irá esa información, g. Ser informado sobre el cumplimiento por el archivo de los principios establecidos en la ley 25.326 (si esta registrado y cuáles son los sistemas de seguridad con que protege sus datos) GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, op. cit. p. 205-206. 58 La acción se prevé para los siguientes casos: a. para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de su finalidad; b. en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud o desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en esta ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

59 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, op. cit. p. 18.-

60 Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos (LORTAD) de 1992, reemplazada en 1999 por la Ley Orgánica de Protección de datos de Carácter Personal, aunque en España son varias las normas que forman el sistema de protección de datos. (BASTERRA, Marcela I., op. cit.)-

sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos y a quien revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley. También se prevé en este caso la accesoria de inhabilitación para funcionarios.

Ciertos autores sostienen que la legislación Argentina de protección de los datos personales es de muy buena calidad y logra un equilibrio entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad⁶¹.

En nuestra opinión, sin perjuicio de asumir una mirada positiva de la normativa vigente en la materia, creemos que la realidad ofrece riesgos que no se están logrando evitar ni disminuir suficientemente, siendo necesario evaluar y adoptar mayores mecanismos preventivos.

Diversos países del mundo se vienen preocupando y ocupando, cada vez con mayor énfasis, en la protección de los datos personales, la intimidad, la privacidad y el honor de sus ciudadanos. En tal sentido, sin pretensiones exhaustivas, podemos mencionar que en los últimos años puede observarse que: el Parlamento Federal Alemán endureció su legislación de protección de datos⁶²; la Asamblea Revisora de la Constitución de la República Dominicana consagró el habeas data⁶³; en Colombia se sancionó la ley N° 1341 con la cual se definen principios y conceptos sobre la Sociedad de la Información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) creándose la Agencia Nacional de Espectro;⁶⁴ en Costa Rica se sancionó la Ley de Protección contra el Tratamiento de Datos de Carácter Personal,⁶⁵ a lo que se suman otros ejemplos que,

61 BASTERRA, Marcela I. – Profesora de Dcho. Constitucional en grado y posgrado en la Facultad de Dcho. de la UBA, en la escuela de Abogados del estado y en la UCES- (*El Habeas Data - Derecho Procesal Constitucional*, p. 142 y sgtes.)-

62 La ley entró en vigor en el país germano en septiembre de 2009. Esta admite más excepciones que la primera versión; permite, por ejemplo, el uso de datos de listas públicas. También se admite la excepción en el caso de que la transmisión o el uso de los datos se hagan de forma transparente. También se han ampliado de forma considerable las excepciones en el campo de la publicidad B2B. Tanto DDV como otras asociaciones sectoriales, critican que la puesta en práctica de la nueva ley de datos requiere en gran parte un intenso trabajo de interpretación y que en muchos casos es ininteligible. <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/bases-de-datos-y-crm/alemania-aprueba-su-reforma-de-la-ley-de-proteccion-de-datos/>. (RECPDP - 14.07.09).

63 RECPDP - 13.10.09.)-

64 www.habeasdata.org.ar (RECPDP).

65 La Ley garantiza el respeto de todas las personas físicas o jurídicas los derechos fundamentales, específicamente su derecho a la libre determinación de la divulgación sobre la vida personal o de negocios y otros derechos personales, independientemente de su nacionalidad o residencia. La ley

sin pretender restarles relevancia, no mencionaremos en honor a la brevedad.

3. AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ARGENTINA Y EN EL EXTRANJERO

En materia de protección de datos personales existen distintas entidades que se ocupan de aplicar la legislación vigente en cada país.

En Argentina se ha previsto la Dirección Nacional de Protección de los Datos Personales (en adelante: DNPDP⁶⁶), cuyas potestades y atribuciones se establecen en el art. 29 de la ley Nacional 25.326.⁶⁷ Sus finalidades son: de orientación, de creación normativa, administrativas (destinadas a promover y difundir la problemática de los datos personales) y económicas.⁶⁸ En lo que atañe a su regulación específica nos remitimos a las disposiciones pertinentes de la legislación referida en honor a la brevedad.

En España⁶⁹ la autoridad de aplicación de su ley-

también garantizará la protección de su libertad y la igualdad en relación con el tratamiento manual o automática de los datos pertenecientes a su persona o bienes. La ley también contiene definiciones de términos tales como datos personales, datos de entidad jurídica, los datos sensibles, de archivo, registro, archivo o base de datos, tratamiento automático, la autoridad a cargo del expediente, las partes interesadas y la disociación de datos, mientras que también establece principios básicos para servir como la columna vertebral de la protección de datos en el país, a contar: un derecho a la información sobre la recogida de datos, el consentimiento del interesado party', la calidad de los datos, seguridad de datos, y el deber de confidencialidad. Por otra parte, un nuevo órgano de mayor descentralización del gobierno, afiliados a la Defensa Pública. (IBLS (Internet Business Law Service) http://www.ibls.es/internet_law_news_portal_view.aspx?s=sa&id=1697. (RECPDP).

66 Se compone de un Director, un consejo Consultivo, un Magistrado del Ministerio Público Fiscal y representantes de las distintas áreas involucradas conforme lo establece el art. 29 de la ley.

67 a) Asistir y asesorar a las personas que lo requieran acerca de los alcances de la presente y de los medios legales de que disponen para la defensa de los derechos que esta garantiza; b) Dictar las normas y reglamentaciones que se deben observar en el desarrollo de las actividades comprendidas por esta ley; c) Realizar un censo de archivos, registros o bancos de datos alcanzados por la ley y mantener el registro permanente de los mismos; d) Controlar la observancia de las normas sobre integridad y seguridad de datos por parte de los archivos, registros o bancos de datos. A tal efecto podrá solicitar autorización judicial para acceder a locales, equipos, o programas de tratamiento de datos a fin de verificar infracciones al cumplimiento de la presente ley; e) Solicitar información a las entidades públicas y privadas, las que deberán proporcionar los antecedentes, documentos, programas u otros elementos relativos al tratamiento de los datos personales que se les requieran. En estos casos, la autoridad deberá garantizar la seguridad y confidencialidad de la información y elementos suministrados; f) Imponer las sanciones administrativas que en su caso correspondan por violación a las normas de la presente ley y de las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia;

g) Constituirse en querrelante en las acciones penales que se promovieran por violaciones a la presente ley; h) Controlar el cumplimiento de los requisitos y garantías que deben reunir los archivos o bancos de datos privados destinados a suministrar informes, para obtener la correspondiente inscripción el Registro creado por esta ley.

68 GOZÁINI, Roberto, op. cit., p. 366.-

69 España agrupa a **ocho millones** de internautas. El **44,4%** de éstos utiliza redes sociales. Sin embargo, este país ocupa el tercer lugar en el mundo en materia de seguridad de la Información según los certificados de Sistemas de Gestión de la Calidad según la norma ISO 9001. No obstante ello, el creciente aumento del uso de Internet ha disparado

islación es la "Agencia Española de Protección de Datos"⁷⁰ (en adelante: AEPD). El ámbito funcional de la misma se circunscribe al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Tiene atribuida la vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones legales de protección de datos. Realiza inspecciones periódicas o puntuales, de oficio o a instancia de los afectados. También tiene funciones de carácter normativo⁷¹ y sancionador para garantizar el respeto de la legislación de protección de datos. El elemento patrimonial es el más descuidado en la configuración de la agencia como órgano independiente, por cuanto carece de fuentes propias de ingresos estables, dependiendo de asignaciones estatales y aquello que recaude por multas.⁷²

En Uruguay encontramos la Unidad de Acceso a la Información Pública (en adelante, UAIP), cuyo objetivo es velar por el cumplimiento de la ley que garantiza el acceso a la información pública y denunciar a los organismos públicos que nieguen información. Es un órgano desconcentrado de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (en adelante, AG-ESIC). Su cometido es controlar el cumplimiento y puesta en funcionamiento de la ley de acceso a la información pública. También asesora al Poder Ejecutivo en el cumplimiento de la normativa vi-

la preocupación sobre la protección de datos y la inseguridad de los métodos de pago a través de Internet entre los españoles, señalándose el setenta por ciento de un número determinado de españoles entrevistados declara sentirse preocupado por la protección de datos y el uso de su información personal por parte de otras personas y más de la mitad de los encuestados dice no tener ninguna confianza en los pagos o la difusión de datos personales a través de Internet, según el último estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) a 2.475 personas. (RECPDP - 15.10.09).

70 A su vez, existen otros organismos y asociaciones como la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas y Comunicaciones (ASIMELEC); la Asociación de Internautas (AI); la Asociación de Consumidores FACUA; la Asociación Española de Ingenieros de Telecomunicaciones (AEIT); el Colegio Oficial de Telecomunicación (COIT); la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico (ANDCE); la Agencia Catalana de Protección de Datos (Apdcat); la Agencia para la gestión de grandes sistemas, etc., que se vinculan con la problemática que tratamos.

71 La misma tiene capacidad autonormativa, que se concreta en informar aquellos proyectos de disposiciones generales de desarrollo de legislación sobre tratamiento automatizado de datos personales, garantizando el conocimiento previo de la normativa que deberá aplicar, así como dictar instrucciones y recomendaciones (LÓPEZ, Ramón, cit. por GOZÁINI, Roberto, op. cit. p. 367-368).

72 Se ha criticado que el Director de la agencia sea designado por el gobierno de entre los miembros que integran el consejo consultivo, destacándose que uno de los puntos más débiles de la ley española es que se duda acerca de la verdadera independencia de la misma. Se ha propuesto por ello la creación de un órgano interpoderes, con funciones y competencias claramente asignadas y cuya independencia no genere dudas, con lo que se sostiene que su funcionamiento garantizará el cumplimiento de las disposiciones protectoras de daños. No obstante estas críticas, veremos más adelante que es muy fluida la actividad de esta agencia, siendo España uno de los países más destacados al respecto. Dávora Rodríguez, cit. por GOZÁINI, Roberto, op. cit. p. 361-362.

gente nacional e internacional y a los particulares. Además, capacita a los funcionarios públicos, así como también promueve campañas educativas y publicitarias donde se reafirme el derecho al acceso a la información como un derecho fundamental. Anualmente la unidad presenta informes de la situación del acceso a la información pública en Uruguay y denuncia ante las autoridades las violaciones a la ley.⁷³

En el Reino Unido encontramos la Oficina del Comisionado de Información (ICO), que constituye una autoridad independiente encargada de regular el acceso a la información oficial y la protección de datos personales.

Finalmente diremos brevemente que en Chile el ente a cargo de la protección de datos personales es el Consejo para la Transparencia;⁷⁴ en Francia se delega tal función en la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades; en Alemania esta función es ejercida por el Comisionado Federal para la Protección de Datos; en Italia por el Garante para la Protección de Datos Personales; en México se encomienda esta tarea al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI); y en SUIZA se encuentra a cargo de la Autoridad Suiza de Protección de Datos (DPA), entre otros casos que no mencionamos en honor a la brevedad.

4. PRINCIPALES FUENTES DE RIESGO EN LA ACTUALIDAD

En la Trigésimo Primera Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad⁷⁵, celebrada en España, en la que se reunieron las máximas autoridades garantes de la privacidad y expertos en la materia de todos los continentes, se planteó como principal objetivo la aprobación de “estándares internacionales de privacidad”, con la finalidad de llegar a constituir con base en ellos un instrumento legal, universal y vinculante.⁷⁶ En dicha oportunidad, se abordaron diversas cuestiones, destacándose entre ellas: **a.** el imparable desarrollo que están experimentando las tecnologías de la información y, sobre todas ellas, Internet, una herramienta imprescindible en la sociedad actual, pero sobre la que hay que reflexionar ante la proliferación de nuevos servicios, como las redes sociales, por su

73 (RECPDP - 04.08.09).

74 http://radiopolar.com/noticia_27661.html, cit. en RECPDP...cit. 08.07.09 - http://www.latercera.com/contenido/680_147140_9.shtml. (RECPDP - 25.06.09).

75 Este es el mayor foro dedicado a la privacidad a nivel mundial, organizado en este caso por la A.E.P.D.

76 (RECPDP - 05.08.09).

impacto en el ámbito de la protección de datos y la privacidad; **b.** la educación de los menores; **c.** la protección de datos como elemento estratégico en el ámbito empresarial y las transferencias internacionales de datos en un mundo globalizado; **d.** los nuevos modelos publicitarios y nuevas técnicas comerciales, y su incidencia en el ámbito de la protección de datos; **e.** el binomio seguridad-privacidad; **f.** la controversia en torno a la proliferación de dispositivos de video vigilancia, o los que utilizan a modo de soporte el propio cuerpo humano, como la biometría, y cuyo uso se extiende en terrenos cada vez más cotidianos y diversos.⁷⁷

Con base en ello y en los distintos aspectos que iremos enunciando en nuestro desarrollo, consideramos que los datos que con mayor frecuencia se encuentran expuestos a un tratamiento violatorio de las normas de protección de los datos personales se vinculan con: **a.** Redes sociales y otros sitios de Internet; **b.** La actividad de los medios periodísticos; **c.** Registros y archivos de organismos públicos del estado; **d.** Registros y archivos de empresas privadas; **e.** Actividad de espionaje, intervención ilegal de las comunicaciones u otras actividades de empresas de seguridad privada; **f.** Registros de actividad bancaria y financiera; **g.** Archivos religiosos o ideológicos; **h.** Telemarketing y otras técnicas comerciales; **i.** Imágenes captadas por cámaras de video, entre otros.

(i) (i) *Riesgos derivados del uso de Internet: Necesidad de educación, prevención, conciencia social y mayores exigencias de seguridad y privacidad en la red.*

(ii) Hemos anticipado que uno de los ámbitos de mayor riesgo para los datos personales es el de la Internet. Ello puede comprobarse tan sólo con insertar nuestro nombre y apellido en algún buscador de la red, como Google, y observar qué información personal está allí contenida. En algunos casos esa información puede obedecer a razones y poseer contenidos que no molestan al internauta (ponencias en congresos, publicaciones en revistas, etc.), pero suele suceder también que los datos incorporados a la red no son actuales, son inexactos o falsos, o pertenecen a una esfera íntima o privada que no deseamos que esté expuesta a cualquier persona que ingrese nuestro nombre en el buscador.⁷⁸

77 (RECPDP - 13.08.09).

78 Bárbara NAVARRO, directora de relaciones institucionales de Google España, se ha encargado de explicar cómo deben proceder los usuarios en caso de encontrar sus **datos personales** en alguna página. Aclara que Google no puede retirar información de ninguna página que no sea de su propiedad

Otro problema o riesgo al que nos enfrentamos en Internet es el que proviene de los denominados "ladrones de la red". Se señala que las redes sociales importan un codicioso objetivo para aquellas personas que tienen como misión infectar al mayor número de ordenadores posibles, según explicó el responsable técnico de detección de Panda Labs, Asier Martínez, en una charla en Campus Party. Uno de los gusanos diseñados para propagarse a través de estas redes es Kooface, cuyo objetivo es analizar los datos almacenados en nuestro equipo, enviárselos al atacante, y que este pueda acceder a nuestro usuario de Facebook o Twitter e infectar a nuestros contactos. Este virus también trabaja pidiéndonos agregar nuevos contactos a nuestras cuentas o bien enviando mensajes de contenido sexual sobre personas famosas a los correos electrónicos de los usuarios.⁷⁹

Este problema no es menor si se considera que muchos equipos se encuentran desprovistos de antivirus adecuados o actualizados, y ante ello, sin que las personas lo sepan, toda la información personal cargada en la computadora puede quedar a disposición de estos ladrones de la web.

Otro riesgo que generan las redes sociales en Internet pasa por la falsa identidad. Según un estudio del **Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO)** y de la **Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)**, la suplantación de personalidad o identidad es uno de los mayores riesgos de estas redes sociales. Este problema se da **principalmente con** relación a **políticos y personalidades famosas**. También sucede que **algunos usuarios se apoderan de las cuentas de otras personas**.⁸⁰ La **suplantación de identidad** o el uso de **números de tarjetas de crédito robadas** es el día a día de redes mafiosas cada vez más organizadas que buscan el beneficio económico infectando ordenadores

y que, aunque pudiera evitar que el resultado aparezca en la búsquedas, acabaría por volver a ser indexado si el dato original no se elimina. Por ello, la forma más eficaz de actuar es ponerse en contacto con el webmaster de la página donde aparezcan los datos y, solo después de que se haya retirado el original, contactar con Google para que se borre la caché, que si está en sus servidores. Todo este procedimiento está explicado en el Centro de Ayuda de Google, e incluye instrucciones para poder localizar al webmaster de la página mediante una página Whois, en caso de que este no haya publicado una forma de contacto. Google ha llegado a tener en 2009 treinta casos de reclamaciones de la AEPD, que considera que debe ser Google quien retire el contenido, siendo, según Navarro, la única agencia europea que tiene este criterio, contrario incluso a las agencias de Madrid y Cataluña. <http://www.idg.es/peworld/Google-explica-su-politica-de-privacidad-y-proteccion-doc81126-Proteccion-C3%B3n%20de%20datos.htm>. (RECPDP).

⁷⁹ La empresa de seguridad Panda ha recibido más de 18.000 muestras de Kooface, "un volumen bastante importante". (Aroa Pérez, Valencia, España -RECPDP - 06.08.09)

⁸⁰ (RECPDP - 08.07.09).

y posteriormente vendiendo el uso de los datos, problemas estos que van más allá del resguardo de la identidad en tanto pueden generar consecuencias económicas.

Otra problemática actual atañe a la difusión en Internet de **imágenes que afectan el honor y buen nombre de las personas**. Tanto en Argentina como en otros países se han dado a conocer casos de docentes involucrados en imágenes perjudiciales, lo que ha proliferado mayormente a partir del uso de teléfonos celulares con cámara para tomar fotos o efectuar filmaciones.⁸¹ Pero el problema no se circunscribe al ámbito escolar, sino que son variados los ámbitos en los que determinadas personas toman imágenes de terceros que, de resultar de algún modo atractivas, sin el consentimiento del involucrado, son subidas a Internet.

Ahora bien, el problema de Internet con relación a los datos personales no se agota en la información que terceros pueden cargar en la red indebidamente y sin autorización de sus titulares, sino que también abarca los riesgos que presenta el uso que voluntariamente se realiza de la misma sin tomar las precauciones necesarias. Pues uno de los problemas más candentes que preocupan a la sociedad mundial es el riesgo de la utilización de Internet por los menores y por las personas de avanzada edad.⁸²

El límite mínimo de edad de los usuarios está en trece años en la legislación estadounidense y catorce en la normativa europea.⁸³ Así, de acuerdo a las condiciones que establecen las redes informáticas, en términos generales, los menores

⁸¹ AEPD tramita varias **denuncias por ofensas difundidas en las redes sociales** contra docentes. Un 12% del profesorado cree que las grabaciones y fotos en Internet es uno de **una larga lista de problemas a los que se tienen que enfrentar**, según las estadísticas del Defensor del Profesor referidas al período septiembre 2008-febrero 2009. Una preocupación que se ha duplicado respecto al 6% del curso 2007-2008. "El uso generalizado del teléfono móvil propició, hace unos dos o tres años, que los chicos grabaran imágenes en el colegio y las pusieran en circulación entre ellos", explica el director de la AEPD, Artemi Rallo. Pero la "captación y difusión de imágenes con comentarios denigrantes para los docentes han nacido con las redes sociales. **Y el auge -agrega- se ha producido en los últimos tiempos**". <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/31/navegante/1243759782.html>., (RECPDP).

⁸² En cuanto a las personas de la tercera edad, asegura la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas y Comunicaciones (ASIMELEC) que los mayores son el sector más vulnerable debido a su desconocimiento de las nuevas tecnologías. En virtud de ello, la Asociación ha previsto una guía práctica titulada "Aprenda a proteger sus datos", especialmente dedicada a este sector. **Dentro de los apartados se incluye un decálogo práctico sobre la necesidad de ser precavido a la hora de facilitar datos, un resumen sobre los derechos que asisten a los ciudadanos frente a cualquier organismo si hace uso indebido de nuestros datos y los riesgos que supone navegar por la Red.** (RECPDP).-

⁸³ En ESPAÑA, la AEPD pidió a Facebook que eleve de 13 a 14 años la edad mínima de los usuarios. <http://www.20minutos.es/noticia/482418/0/internet/facebook/aepd/>, cit. en RECPDP..., cit. 22.07.09.

de catorce años no pueden proporcionar sus datos en Internet sin el consentimiento de sus padres.⁸⁴ El problema proviene de la carencia de adecuada educación y prevención y el escaso control que ejercen los padres sobre sus hijos en la utilización de Internet.⁸⁵

Lo antes expuesto, en nuestra opinión, evidencia que la educación sobre los riesgos de Internet no sólo urge para los niños sino también para los padres. Pero el problema no se agota en el cuidado que deben tener los padres cuando sus hijos voluntariamente incursionan en redes sociales y navegan por sitios de Internet (control), sino que va más allá, cuando son los mismos padres quienes incluyen a sus hijos en redes sociales, en edades en que éstos ni siquiera pueden manifestarse. Nos referimos a los denominados "bebés Facebook" que, se sostiene, ya son miles en la web.⁸⁶

De todos modos, entendemos que quien tiene la mayor responsabilidad y a quien más debe exigirse control y prevención es a los propietarios y administradores de los distintos sitios de Internet. Pues no parece que sean actualmente suficientes las restricciones y los controles que éstos ejercen actualmente a fin de evitar el acceso de menores a contenidos prohibidos o riesgosos para su edad⁸⁷, como tampoco se protege adecuadamente a las personas de avanzada edad de los riesgos de sufrir engaños⁸⁸ y, entre otras po-

sibles consecuencias, resultar estafados.

En nuestro país, el art. 9 de la ley 25.326 establece que el responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, para evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y permitir detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.⁸⁹ De este modo, tanto a redes sociales como a otros sitios en Internet, se les exige contar con sistemas de seguridad y confidencialidad de los datos personales de sus usuarios.⁹⁰ Claro que ello no significa que la confidencialidad de tales datos esté garantizada, por el contrario, la cuestión es ampliamente debatida a nivel mundial y hasta la fecha, más allá de haberse logrado importantes avances, no ha sido superada de manera definitiva.⁹¹ Nótese que el Comisionado de Privacidad

en Internet, "debido a la **ausencia de controles que limiten su presencia** en determinados servicios de Internet, especialmente si éstos facilitan el contacto directo". Explicó que actualmente la comisión de **delitos relacionados con el acoso sexual** a menores, "se ve favorecida por el uso diario del correo electrónico, la mensajería instantánea o incluso teléfono", y provoca **nuevos fenómenos como el "muy denunciado" 'grooming'** (acoso erótico a niños en la Red). (RECPDP - 03.07.09) Igualmente, en México, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), destacó la urgencia de proteger la información personal de menores en Internet (RECPDP - 04.12.09), resaltándose la necesidad de combatir la trata de personas y la pornografía infantil, entendiéndose que son muy vulnerables los niños y jóvenes que habitualmente utilizan las redes sociales como Facebook y Hi-5. Ello se evidencia de una estadística que señala que uno de cada cinco menores de edad que son usuarios de Internet es contactado, a través de la red, por un predador o un pedófilo y sólo el 7% de ellos lo comenta o consulta con sus padres por miedo a que pongan límites a su acceso en línea. Así lo explicó la comisionada presidenta del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) Jacqueline Peschard, (RECPDP (01.07.2009). Por nuestra parte, creemos que nada mejor que utilizar los mismos espacios de comunicación masiva como internet para educar y prevenir a sus usuarios. Sería óptimo que la mayoría de los sitios de Internet posean enlaces que conduzcan a sitios de educación y prevención del usuario, al menos podría esperarse eso de los sitios más frecuentados como "Google", "Taringa", "Facebook", "Twitter", entre otros, hasta tanto se instale en el conocimiento popular la existencia de tales sitios para la educación y orientación en la navegación prudente y segura en la red. Sumado a ello, deberían incorporarse breves y claras instrucciones preventivas en la página de inicio de todo sitio informático que den las advertencias necesarias relativas al uso del mismo, como asimismo, debería ser obligatorio que exista en estos sitios una configuración predeterminada de máxima seguridad, y que sea el propio usuario el que voluntariamente, y con su consentimiento informado, vaya liberando las restricciones prefijadas automáticamente.

89 GOZAINI, Roberto, op. cit., p. 129.-

90 Los responsables de "Facebook", por ejemplo, tienen fijadas determinadas políticas de control de privacidad o confidencialidad que, entre otros aspectos, incluye la obligatoriedad para los usuarios que incorporan aplicaciones desarrolladas por terceros de detallar el tipo o categoría de esa información y de contar con el consentimiento expreso de los afectados para poder difundirla (para compartir esos datos). Se ha dejado a cargo del usuario la configuración de la política de privacidad que desea que se aplique a su red dentro de las opciones puestas a su disposición. En tal sentido, existe una política dirigida a alentar a los usuarios a que revisen su configuración de seguridad y a controlar más de cerca la información a la que acceden las aplicaciones de terceros. Así, los miembros de Facebook pueden escoger con quién comparten fotos o actualizaciones de texto cada vez que las publiquen. (RECPDP - 22.07.09).

91 Conforme explicó un portavoz de la red virtual fundada por Mark

84 Tuenti (red española) se comprometió ante AEPD a eliminar perfiles de menores de 14 años, exigiendo cuando aparentan ser menores presentar una fotocopia del DNI antes de 92 horas como condición para que sus perfiles no sean eliminados. (RECPDP - 13.07.09).

85 La computadora, y esencialmente Internet, constituyen una especie de "guardería en casa" que resulta cómoda, barata, efectiva y sin riesgos físicos para sus hijos, manteniéndolos quietos y tranquilos por largas horas. De este modo, ciertos padres alientan o permiten ilimitadamente que sus hijos incursionen en el ciber espacio, sin advertir que aunque sean mínimos los riesgos materiales en el uso de internet, existen otros riesgos (psicológicos, sexuales, etc.) a los que se encuentran expuestos sus hijos.

86 Tal es el caso de "Misael", un niño al que, con tan sólo tres meses, su padre le creó un muro de Facebook. (RECPDP - 13.07.09).

87 Para conocer la seguridad en Internet se sugieren seis áreas principales que deben ser de especial interés para los padres: **a.** El uso en general que sus hijos le dan al equipo y a Internet; **b.** Los sitios web inapropiados, como los de violencia, pornografía o los que promueven el odio racial; **c.** Los depravados en Internet, que pueden hacerse pasar por niños o adolescentes; **d.** El abuso en línea y el acoso cibernético; **e.** La divulgación de información familiar confidencial o de números de identificación personal. La empresa Symantec, desarrolladora del software dedicado a la seguridad informática, publicó en su newsletter un artículo titulado "Enseña a sus hijos a navegar en Internet con seguridad", en el que se expresó: "*De acuerdo con un reciente informe realizado por un grupo policial especial, Internet no es un lugar peligroso para niños ni adolescentes, como pensábamos antes. Sin embargo, las amenazas reales persisten, y es necesario que los padres se eduquen y eduquen a sus hijos acerca de la seguridad y la privacidad en línea.*" (RECPDP - 04.08.09).

88 En España, el director de AEPD, Artemi Rallo, expresó a su hora su "**extrema preocupación**" por los riesgos a los que se enfrentan los menores

de Canadá aseguró hace pocos años que Facebook no estaba haciendo lo suficiente para proteger la información personal que obtiene de sus miembros y da a los usuarios información incompleta y confusa sobre temas de privacidad.⁹² En este punto, creemos que las legislaciones deberían ser más específicas y estrictas, en cuanto exigir expresamente determinados parámetros de seguridad y privacidad en el marco de redes sociales de internet y otros sitios similares que pongan en riesgo los datos personales de sus usuarios.

Afortunadamente, existen, cada vez en mayor número, diversos sitios educativos tendientes a prevenir a los grupos más vulnerables en la red.⁹³ En el **5º Congreso de Seguridad de la información celebrado** en Madrid, varios expertos hablaron sobre la **protección y la seguridad de los datos que fluyen por Internet**, afirmándose que **menos de un 20% de las empresas españolas tienen protegidos los datos**. La conclusión fue que hay que invertir más en prevención.⁹⁴

Es así que este país ha intensificado determinadas medidas para mejorar la protección de

Zuckerberg, que en la actualidad cuenta con más de 200 millones de usuarios en todo el mundo. *El Periódico.com*. (RECPDP - 28.08.09).

92 Esas son las conclusiones a las que se llegó tras la investigación a la red social que empezó en Canadá en mayo del 2008 cuando la Clínica Canadiense sobre Políticas de Internet e Interés Público (CIPPIC) de la Universidad de Ottawa identificó 12 prácticas de seguridad que violaban las leyes canadienses de protección de datos. 14 meses después, el informe afirma que cuatro de esas quejas estaban bien fundadas, otras cuatro han sido desestimadas y las cuatro restantes están en proceso de cambios en la red social, señaló Jennifer Stoddart, comisaria de privacidad de Canadá.

93 A modo ejemplificativo, podemos mencionar los siguientes: Segu-Kids, que es un espacio creado para brindar información a Jóvenes, Padres y Docentes, sobre Seguridad en Internet. (RECPDP - 13.08.09) El mismo busca brindar información en forma libre y gratuita, con el objetivo de apoyar y acompañar a la familia y a los educadores. Otro sitio muy interesante que puede ayudar a los padres a acercarse a la tecnología es Tecnopadres (www.tecnopadres.com) (RECPDP - 06.08.09) en el que pueden encontrarse recomendaciones, consejos e incluso sugerencia de qué sitios en internet pueden ser útiles para nuestros hijos. También podemos mencionar el **canal educ.ar en YouTube** (<http://www.youtube.com/user/educarargentina>), evidencia de que el uso educativo de las nuevas tecnologías no sólo sirve para buscar contenidos sino que también tiene que ver con pensar la Web como una plataforma de proyectos, como una caja de herramientas para crear diferentes tipos de materiales: didácticos, periodísticos, informativos, teóricos, lúdicos, artísticos. Este es un rol que deberían comenzar a asumir tanto docentes como alumnos –y también directivos y todos los miembros de la comunidad educativa– no sólo fuera de la escuela sino también en el marco de proyectos áulicos y escolares. (RECPDP - 26.08.09) “Educar” ha publicado un cuadernillo cuyo objetivo es que los padres y los docentes **conozcan lo bueno y lo malo de la red y establezcan sobre la base de este saber reglas de uso** según sus criterios, en casa y en la escuela. (“Educar” es un Portal educativo del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de Argentina. Ver: <http://www.habeasdata.org.ar/images/ines/chicos.pdf>. (RECPDP - 19.08.09) A su vez, la Dirección Nacional de Datos Personales de Argentina ofreció un Foro en donde se puede participar generando aportes y enviando inquietudes al respecto. (El sitio utiliza un certificado SSL, el cual debe ser instalado para poder acceder. Quien desea acceder debe registrarse con un email válido, al que se le envía un enlace de activación. Una vez completo el proceso, se recibe un correo de bienvenida. Para acceder la dirección es la siguiente: <http://www.jus.gov.ar/protegetusdatos/foro.html> (RECPDP - 15.07.09).

94 Enlace: *Onda Cero*, España, (RECPDP).

los datos personales. Como ejemplos podemos mencionar que Fellowes Ibérica⁹⁵ presentó en el año 2009 una campaña denominada “Ni Rastro del Dato”, con el fin de concientizar a empresas y profesionales sobre la necesidad de cumplir con la Ley Orgánica de Protección de Datos Española (LOPD)⁹⁶. Sumado a estas campañas, se han creado libros y manuales orientadores para las empresas.⁹⁷ Asimismo, el ISMS Forum Spain puso en marcha un proyecto, el Data Privacy Institute (DPI), cuya vocación es aglutinar a todas las personas y organizaciones que tienen interés y responsabilidades en la privacidad y la protección de datos personales, promoviendo la formación y excelencia de sus asociados y facilitándoles cauces de interlocución con las administraciones y autoridades de control. En dicho país se han realizado también auditorías para evaluar el grado de cumplimiento de la normativa de protección de los datos personales. Al respecto, se ha expuesto que los entes públicos suelen ser espacios muy propensos a la filtración de datos personales⁹⁸ a diferencia de algunas empresas privadas que, por razones de competencia y otras, suelen tener mayor interés en que la información que manejan no se filtre, siendo menos probable que los empleados públicos adopten recaudos suficientes en relación a la información sensible que manejan.

95 Fellowes Ibérica es una filial española de un fabricante estadounidense de destructoras de documentos y productos de ergonomía. Carla Piedade, directora de marketing, explicó que “Aunque, en general, las empresas y profesionales liberales están convencidos de la necesidad de cumplir los requisitos que marca la Ley Orgánica de Protección de Datos, cuando se trata de proteger la información impresa que se encuentra en desuso o que se utiliza esporádicamente, la despreocupación por la seguridad de los datos recogidos en esta documentación aumenta de manera notable”. Se señala así que el incumplimiento de la ley de Protección de datos es relevante entre las empresas españolas, razón por la cual la AEPD aumentó a su hora sus sanciones, que llegaron hasta los 600.000 euros. RECPDP (21.09.09).

96 RECPDP (21.09.09).

97 En tal sentido, en España, con el apoyo de la **AEPD y red.es, dependiente de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, puso a disposición un libro** denominado: “La Protección de Datos Personales: Soluciones en entornos Microsoft, versión 2.0”, disponible para su descarga gratuita. Microsoft Ibérica. Esta es una iniciativa dirigida a facilitar a las empresas españolas el cumplimiento del reglamento vigente sobre protección de datos personales. Se trata de un completo manual eminentemente divulgativo, que toma como hilo conductor los artículos con mayor repercusión tecnológica contemplados en el reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD). El libro comenta de forma sencilla y fácilmente entendible dichos artículos y detalla cuál sería la recomendación técnica más adecuada para su cumplimiento utilizando para ello tecnología Microsoft. Así, ayuda a las organizaciones a aplicar con garantías las medidas tecnológicas dictadas por la ley, trasladándolas al mundo real de forma sencilla gracias a la tecnología de Microsoft. RECPDP (07.08.09).

98 En Cataluña (España) se auditaron en 2009 ciento setenta y siete organismos, entre ellos todas las consellerías de la Generalitat, ayuntamientos y consejos comarcales. (Destacó Mitjans, Directora de la Agencia Catalana de Protección de Datos (Apdcat), cit. en <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-67-procedimientos-infraccion-proteccion-datos-son-contra-ayuntamientos-20090708135403.html> (RECPDP - 15.07.09).

Si bien hemos hecho hincapié en la necesidad de educar y prevenir a los menores, a sus padres, a la tercera edad, y a la comunidad de usuarios en general en la utilización de Internet, no debe soslayarse que pocos suelen instruirse adecuadamente en esta materia, en tanto previamente no se genera conciencia suficiente sobre los riesgos a los que nos exponemos diariamente cuando somos usuarios de Internet inexpertos. Así, estamos regularmente expuestos a determinados peligros cuyo desconocimiento impide que utilicemos la ley como herramienta legal de protección frente a los mismos.

Queremos decir que poco sirve la existencia de una ley de protección de los datos personales si la sociedad no conoce los riesgos a los que se encuentra expuesta diariamente su información personal. De allí, creemos que es menester una previa tarea de concientización de la sociedad, respecto de la cuál podríamos entender que deberían cumplir un papel fundamental los espacios académicos (en todos sus niveles), los medios de prensa y los propios sitios de internet. Consideramos que en Argentina aún no se ha generado conciencia social suficiente sobre la problemática que tratamos, al menos no en el nivel de otros países como: Alemania, en donde cien mil personas se convocaron para manifestarse en reclamo de mayor protección de los datos personales⁹⁹; España, en donde prácticamente a diario los medios de comunicación llevan a sus portadas noticias referidas a la filtración, pérdida o publicación masiva de datos sensibles –incluso críticos– por parte de empresas e instituciones en los más diversos países¹⁰⁰; China, país que cuenta con la mayor po-

99 Sucedió en Berlín, el 12.09.09. El reclamo fue en defensa de la privacidad de sus datos personales. La manifestación fue convocada por varios sindicatos, asociaciones y partidos políticos que reclaman al gobierno que mejore la ley de protección de datos. Claudia Roth, del partido verde, señaló: "Tememos un estado que nos vigile permanentemente, en el que todos seamos sospechosos y en el que se viole el derecho a la libertad y a la privacidad". La protesta tenía como telón de fondo una serie de escándalos sobre el tráfico de datos personales entre empresas y la aprobación de una ley anti-terrorista que autoriza a la policía a espiar los ordenadores personales en ciertas circunstancias. Los manifestantes temían que Alemania se encamine hacia una sociedad tipo Gran Hermano en la que se controle todo lo que hagan y digan sus ciudadanos. La ministra alemana de Agricultura y de Defensa del Consumidor, Ilse Aigner, exigió a los proveedores de Internet mayores garantías de protección de datos y alertar a los usuarios de los posibles riesgos que entraña la red. Señaló que "Los proveedores de servicios tienen que asumir su responsabilidad en lo que se refiere a la seguridad en Internet". A su juicio, los portales deberían, por ejemplo, emplear configuraciones predeterminadas de seguridad para proteger de forma más eficaz los datos personales de los usuarios. Euronews (RECPDP - 21.09.09).

100 Informes publicados por INTECO (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación) arrojaron datos preocupantes, como que sólo un 14% de las pymes españolas declara conocer el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (en vigor desde abril de 2008); o que del total de pymes con ficheros automatizados, solo el 37% afirma haberlos declarado en el registro de la AEPD, peor aún, contrastado este dato en la Agencia sólo un 16% de las pymes los han declarado en realidad. (RECPDP - 06.07.09).-

blación de usuarios de internet en el mundo (un total de 250 millones), en el que oportunamente se lanzó desde el gobierno una campaña para abolir la pornografía en la Internet, habiendo clausurado más de 1.900 sitios¹⁰¹; y algunos gobiernos de la Unión Europea (UE), que se encuentran autorizados a cortar el acceso a internet –sin orden judicial previa– a los ciudadanos que compartan o descarguen en la red películas, música u otros ficheros que se consideren ilegales.¹⁰²

(ii) El manejo comercial de la información personal.

a. Archivos relativos a encuestas

Es común que se nos realicen encuestas de diversos orígenes y para distintos fines a lo largo de nuestra vida. Muchas veces nos topamos ocasionalmente con encuestadores, otras veces se nos realizan cuestionarios al contratar un servicio, al ingresar a alguna entidad educativa o de otra índole, cuando nos afiliamos a algún organismo, a un club, etc. Sin importar el origen o los fines, lo cierto es que todos hemos contestado alguna vez una o varias encuestas, sin pensar en cuál sería el destino de la información que allí consignamos. En tal sentido, se ha señalado que, en principio, la ley 25.326 protege los datos personales de personas determinables, por lo cual si se asegura el anonimato o la disociación del individuo afectado por el uso de sus propios datos personales, el archivo, registro o banco de datos que almacena dicha información no tiene el deber de registrarse, aunque debe cumplir los demás preceptos de la ley y su reglamentación.¹⁰³

Entendemos así, que el problema con relación a las encuestas estaría dado cuando no se garantiza en su realización el anonimato o disociación de su contenido y los datos identificatorios del individuo que la completa. Pues, de no ocurrir ello, su contenido podría ser utilizado luego para determinar un perfil, que junto a otros, podría ser

101 Tales restricciones, a nuestro criterio, son necesarias en aspectos como el mencionado, puesto que para este tipo de problemas no basta con las tareas de educación, prevención y control. No obstante, también pensamos que las políticas restrictivas en la red, como medidas de gobierno, deben estar bien guiadas, es decir, debe evitarse que ello vaya en desmedro de la pluralidad ideológica y religiosa, de la libertad de opinión y expresión, debiendo evitarse todo tipo de restricción de naturaleza discriminatoria, así como aquellas que sólo se dirijan al logro de determinados fines políticos. No debe soslayarse al respecto que el mismo gobierno chino, que con buenas aspiraciones restringe los sitios pornográficos, al mismo tiempo bloquea de manera rutinaria sitios de disidentes políticos que desafían al régimen de partido único, promueven las reformas democráticas o proponen la independencia del Tibet. Univision.com, (RECPDP)

102 RECPDP (25-11-09).

103 GOZAÍNI, Roberto, op. cit. p. 348.

vendido a los fines de dirigir ofertas de productos y servicios que encuadren con una preferencia o gusto común a todo el grupo, mientras los encuestados nunca pensaron en ello.

b. Determinación de perfiles

Determinar perfiles consiste en categorizar preferencias y comportamientos similares de las personas, siempre que los titulares de los datos se identifiquen por su pertenencia a tales grupos genéricos, con más los datos individuales estrictamente necesarios para formular una oferta a los destinatarios. La formación de perfiles determinados supone generalizar los gustos, preferencias y conductas de las personas, de modo tal que, a partir de la clasificación y orden que se practica, se pueden conocer las preferencias o gustos de la misma, logrando de esa manera dirigir con alguna precisión, en forma directa o indirecta, ofertas, promociones o ventas a través de cualquier medio.¹⁰⁴ Se habla así de la determinación de hábitos de consumo, es decir, de información personal, de carácter individual, que requiere mayores seguridades para la formación de archivos específicos. Se advierte que hay empresas destinadas a esta modalidad de trabajo, y el problema se presenta por la forma de comercialización que tienen estas bases de datos. En Estados Unidos, por ejemplo, no se requiere que el registro de información sobre hábitos de consumo acredite la respectiva autorización del afectado¹⁰⁵, cuestión que nos parece muy riesgosa. En general, la determinación de perfiles proviene del contenido de encuestas o formularios y a partir del sistema de telemarketing, cuestiones que explicaremos seguidamente.

c. Telemarketing y datos personales destinados a publicidad

Respecto de los datos personales destinados a publicidad, la ley 25.326 prevé el derecho de acceso e información (art. 14 y 26 inc. 3), el derecho de exclusión inmediata (*opt out*), el derecho de bloqueo, y el deber de inscripción de los archivos con fines de publicidad.¹⁰⁶ Algunos

104 GOZAINI, Roberto, op. cit., 327-328.

105 GOZAINI, Roberto, op. cit., p. 329.

106 El *opt out* exige manifestación de voluntad, sin necesidad de expresar causa alguna, de modo informal pero fehaciente por cualquier medio que garantice la recepción por el titular o usuario del archivo, y no admite oposición. El incumplimiento originará responsabilidades civiles y administrativas. El derecho de bloqueo: La ley faculta a eliminar el nombre de la persona o el bloqueo del mismo cuando el afectado se sienta perturbado por la recopilación de su domicilio en un banco de datos, o cuando sus datos se apliquen para la venta promocional

o directa, o se trate de marketing relacional, entre otras actividades con fines de publicidad. Pues, parte del deber de información incluye notificar la posibilidad del titular del dato de solicitar el retiro o bloqueo, total o parcial, de su nombre de la base de datos. Pero se aclarar que esta

sostienen que no debe sacrificarse el comercio legítimo que tienen las bases de datos destinadas a publicidad so pretexto de la necesidad de resguardar el derecho al honor y a la intimidad y satisfacer la exigencia de consentimiento del art. 5 de la ley 25.326¹⁰⁷ No obstante, a nuestro parecer, no puede negarse que existe una problemática vinculada a lo que se conoce como "Telemarketing", esto es, el sistema de llamadas telefónicas provenientes de toda clase de firmas y operadores comerciales ofreciendo productos y servicios, algunas veces acompañado de cuestionarios mediante los cuales se intenta obtener información para la confección de un perfil del receptor del llamado. El problema es que la gente, en general, sólo siente como un problema el hecho de perder algunos minutos con estas llamadas sin advertir que el problema va más allá del tiempo perdido¹⁰⁸, por cuanto a partir de sus respuestas puede estar exponiendo información personal con la cual puede luego, como mínimo, negociarse.

En relación a esta problemática, España¹⁰⁹ ha previsto un sistema que permiten a la gente expresar

potestad puede tornarse de difícil cumplimiento y socavar las garantías individuales si no resulta posible localizar la base de datos que contiene la información personal. (GOZAINI, Roberto, op. cit. p. 332-335).

107 En este sentido, se sostiene que los archivos sobre marketing trabajan con datos personales habitualmente logrados de fuentes accesibles al público, en cuyo supuesto no sería necesario estar expresamente autorizado por el afectado el uso de los mismos.

Al respecto, la ley establece que *se pueden recopilar, tratar y ceder datos con fines de publicidad, sin consentimiento del titular, cuando estén destinados a la formación de perfiles determinados que categoricen preferencias y comportamientos similares de las personas.* (GOZAINI, Roberto, op. cit. p. 329-330).

108 En México, Lina Ornelas Núñez, directora general de Clasificación y Datos Personales del Instituto Federal de acceso a la Información Pública (IFAI), señaló que no obstante que la importancia que los mexicanos otorgan a la protección de sus datos personales es superficial, lo que más percibe la gente es el enfado de recibir llamadas para ofrecer seguros o tarjetas de crédito, pero no la importancia de que se proteja esta información. Destacó que no se imaginan que esta información es transversal y tiene que ver con sus datos de salud, ingresos, patrimonio y más". Por ello en la primera conferencia Magistral de Protección de Datos Personales que ofreció en Piedras Negras, para dar a conocer el estatus de este derecho, destacó que México está en "pañales", pues ni siquiera existe una sola Organización No Gubernamental (ONG) que defienda el derecho a la privacidad. (RECPDP - 01.07.2009).

109 La AEPD presenta un servicio por internet de "Lista Robinson", desarrollado por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (Fecemed), que permitió inscribirse para no volver a recibir comunicaciones comerciales no deseadas por correo, teléfono o móvil, o internet. Esta lista aspira a ser el fichero de referencia para los usuarios hartos de recibir publicidad no solicitada y para las empresas que deben cumplir con la Ley de Protección de Datos. El Reglamento de la ley aprobado en diciembre de 2007 obliga a las empresas, instituciones y organizaciones a consultar este tipo de "ficheros de exclusión" antes de lanzar una campaña publicitaria para cuyo desarrollo utilicen datos personales que figuren en fuentes públicas o ficheros de los que no sean responsables. Así, los inscritos en el fichero no recibirán publicidad por correo, internet, teléfono -fijo y móvil-, sms, mms o "cualquier otro medio de comunicación electrónica equivalente", salvo de las empresas con las que mantengan algún tipo de relación. A través del servicio de la "lista robinson" también es posible informar a una empresa que ya no se desea recibir publicidad telefónica. Explicó la presidenta de la Fecemd, Elena Gómez. (<http://www.abc.es/20090630/medios-redes-web/lista-robinson-contra-spam-200906301343.html>). cit. (RECPDP - 06.07.09).

y hacer valer su voluntad de no recibir comunicaciones comerciales no deseadas por correo, teléfono fijo o móvil, o internet.

Por su parte, Reino Unido¹¹⁰ investiga la venta ilegal de los datos personales de clientes de las compañías de telefonía móvil, en las que empleados "roban" esta información para ofrecérsela posteriormente a empresas rivales.¹¹¹ Asimismo, en Estados Unidos, distintos y destacados grupos de internautas como Electronic Frontier Foundation y Center for Digital Democracy han pedido al Congreso que regule las técnicas publicitarias en Internet para limitar el empleo de datos personales en la publicidad.¹¹² En lo que respecta a Argentina, un antecedente importante en este aspecto ha sido el del Registro "No Llame", en la Capital, orientado a prohibir vender o promocionar productos y servicios a determinadas personas que así lo soliciten.¹¹³

110 Una empresa británica presentó en el Reino Unido un **servicio de directorio de teléfonos móviles** que, según asegura, incluirá hasta 15 millones de números, según informa la BBC. Este servicio, suscitó las críticas de quienes creen que **puede violar la privacidad** de las personas, ya que permitirá a los usuarios contactar a través de sus teléfonos móviles con gente que no conocen, aunque antes tendrán que tener su consentimiento. Connectivity, la empresa que opera el servicio 118800, aseguró que todos los números incluidos en su base de datos son de **dominio público**, ya que proceden de páginas web donde los ciudadanos los han introducido libremente o de empresas de estudios de mercado que preguntan a los usuarios si aceptan que su número sea usado con fines comerciales. Pero parte de los 15 millones de números -que representan una pequeña fracción de los 40 millones de adultos que tienen móviles en el Reino Unido- también se han obtenido de intermediarios que compran y venden listas. El ICO, la autoridad independiente del Reino Unido que se encarga de regular el acceso a la información oficial y la protección de datos personales, afirmó que el sistema cumple con las leyes vigentes al respecto en el país británico. La iniciativa provocó la preocupación por el **precedente legal** que podía suponer. "Cuando la gente marca una casilla y dice que no tiene objeción en que la compañía dueña de ese formulario que está rellenando tenga su teléfono móvil no anticipa que esa información pueda ser vendida.", dijo Chris Watson, abogado de CMS Cameron McKenna. La directora de marketing de la compañía, Shona Foster, aseguró que **la protección de la intimidad es fundamental** para ellos y que cualquiera que desee retirar su número de la base de datos puede hacerlo fácilmente. El servicio, disponible por teléfono o a través de internet, funciona de la siguiente manera: cuando una persona contacta con el servicio 118800, si la empresa tiene el número solicitado, no se lo entrega al cliente, sino que contacta con el propietario para preguntarle primero si desea recibir esa llamada. En caso de que la respuesta sea afirmativa, les pone a ambos en contacto. **En ningún caso se facilita al cliente el número de móvil.** (<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/10/navegante/1244624646.html>. (RECPDP - 10.06.09).

111 (RECPDP - 26.11.09).

112 Los citados grupos muestran su preocupación por la cantidad de datos que almacenan las compañías de sus clientes. Portavoces de Google, Facebook y Yahoo defendieron en una audiencia pública en el Congreso sus políticas en este terreno. Yahoo, según informa Cnet, expuso sus planes para limitar el almacenaje de datos. Sin embargo, los colectivos de internautas piden mayores restricciones y que las empresas informen al usuario de los datos individuales que han recogido. El almacenaje de datos sirve a las compañías de Internet para dirigir publicidad personalizada a sus internautas, más relevante y efectiva. Las empresas defienden que la salvaguarda de la privacidad está en todo momento alvo. (http://www.elpais.com/articulo/tecnologia/Grupos/internautas/reclaman/Congreso/EE/UU/medidas/protoger/privacidad/elpepupotec/2_0090902elpepupotec_2/Tes. (RECPDP - 04.09.09).

113 El registro fue creado por una ley sancionada por unanimidad en el año 2006, que recibió fuertes objeciones por parte de los call centers,

Cabe mencionar, finalmente, que otro problema importante se da en las negociaciones que surgen desde las ofertas efectuadas a partir de las bases de datos de publicidad a las que nos hemos referido. Al respecto, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires analizó a su hora numerosos casos de promociones incumplidas de telefonía celular realizadas a través de mensajes de texto (SMS) no identificados.¹¹⁴

(i) Archivos laborales

Un espacio al que pocos prestan suficiente atención en cuanto al riesgo que importa para los datos personales propios y de terceros, es el laboral. Es común que en oficinas de empresas privadas o entes públicos, en estudios jurídicos o contables, en clínicas privadas, etc., se dejen papeles con información de determinadas personas sobre el escritorio, en un cajón sin llave o en algún lugar que lo deja al alcance de todo aquel que ingrese a dicho ámbito y sea lo suficientemente curioso como para tomarlo y leerlo. En tal sentido, pocas veces quien lo deja se imagina que un empleado, el personal de limpieza, otro cliente, un colega u otros, pueden acceder a información que no les corresponde conocer. A ello debe sumarse otro problema del ámbito laboral que refiere al manejo que hacen los empleadores, empresas, comercios o entes públicos, de la información que se exige a los trabajadores al ingresar a trabajar y durante la relación laboral. Finalmente, encontramos un tercer problema que radica en el robo de información a través de la violación de los archivos informáticos de una empresa o ente público por parte de terceros especializados en esta actividad ilegal. Se sostiene que las empresas de hoy en día deben **protegerse más y mejor, con herramientas de prevención** para evitar el robo y uso fraudulento de información tanto de carácter empresarial como personal. Algunos países han comenzado a adoptar ciertas

entre otros sectores. (RECPDP - 28.09.09).

114 A través de SMS se ofrecen promociones presuntamente efectuadas por las empresas de telefonía en las cuales se promete la acreditación de dinero al enviar y/o reenviar un mensaje de texto. Este organismo considera que las empresas prestadoras de telefonía celular deben alertar a los consumidores, en forma efectiva y continua, sobre este tipo de maniobras, como parte de una política comercial que tienda a proteger a sus clientes y no dejarlos librados a posibles engaños. Si bien se señala que no hay elementos que permitan atribuir responsabilidad directa a las empresas de telefonía celular por el envío de estos SMS-SPAM, la Defensoría solicitó a los presidentes de AMX Argentina, Telefónica Móviles Argentina, y Telecom Personal, que mantenga alerta a los usuarios sobre promociones falsas, e informe cuáles son los números utilizados por cada una de las empresas para efectuar promociones y/o concursos que se encuentren vigentes. Para ello, se pidió que las empresas incluyan una leyenda de información preventiva en las facturas, en las tarjetas prepagas y en sus respectivas páginas web. (<http://www.defensoria.org.ar/institucional/resoluciones/r1749-09.doc> (RECPDP - 21.07.09).

medidas al respecto. En Rusia, por ejemplo, existe una empresa denominada InfoWatch, que se especializa en la protección de la información corporativa contra fugas y destrucción de datos, que pretende expandirse por Europa, y que ya se ha instalado en España¹¹⁵, en donde la AEPDP presentó una guía sobre la protección de datos en las relaciones laborales, intentando incorporar la protección de datos a la cultura empresarial y al diseño, organización y funcionamiento de las organizaciones.¹¹⁶ Se calcula que más de 5 millones de trabajadores en España no saben qué pasa con sus datos personales porque las empresas para las que trabajan no cumplen con la ley de protección de datos, ni con ciertas medidas de seguridad, cómo tener antivirus actualizados, contraseñas, cortafuegos y otros protocolos.¹¹⁷

En nuestro país, el gobierno porteño decidió a su hora crear un registro online de los trabajadores. La medida contemplaba un formulario donde se instaba a las firmas privadas porteñas a informar una serie de datos de los trabajadores con la garantía de "confidencialidad" de las respuestas recibidas. Estos datos referían al rango de instrucción del empleado, pero también preguntas sobre posibles problemas de tabaquismo, alcoholismo, drogas o adicción al juego. Finalmente la medida original fue modificada.¹¹⁸ El Gobierno aclaró que "el objetivo principal de la creación del registro era contar con información estadística que oriente políticas públicas de prevención y protección del trabajo" y que "de ninguna manera (se buscó) vulnerar en algún sentido la privacidad de los ciudadanos"¹¹⁹ tal como se había cuestionado. Entendemos que es necesario avanzar en la conscientización sobre la necesidad de proteger la información que se maneja a diario en las oficinas, sean éstas públicas o privadas, debiendo tomarse medidas tendientes a evitar su vulnerabilidad.¹²⁰

115 Ello se debe a la legislación española en materia de protección de datos personales y el avanzado estado de implementación de tecnologías relacionadas con el procesamiento de datos personales (DNI electrónico, huellas digitales, etc.) en las empresas y administración pública españolas. <http://www.idg.es/computerworld/La-firma-rusa-InfoWatch-aterriza-en-el-mercado-espanol-/seccion-mercado/noticia-83851>. (RECPDP - 06.08.09).

116 En el marco de la trigésimo primera Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad que se celebrara en el Palacio de Congresos de Madrid. (RECPDP - 23.11.09).

117 Enlace: *Onda Cero*, España. (RECPDP).

118 **La modificación obedeció a que distintas voces de la dirigencia política porteña sostuvieron que este registro era "violatorio del derecho a la intimidad de las personas" empleadas y que el requerimiento de algunos datos representaba una "vulneración de las garantías y los derechos individuales".** http://www.elsigloweb.com/portal_ediciones/845/portal_notas/36840-macri-marcha-atrs-de-un-decreto-resistido-por-la-oposicin, (RECPDP - 20.07.09)

119 <http://www.abogados.com.ar/modificaciones-al-registro-online-de-empleadores/3906>, (RECPDP - 27.08.09).

120 Se expresa que un buen comienzo sería adoptar ciertas medidas sencillas

Otro tema candente en la actualidad pasa por la prohibición del uso de Internet, o específicamente, el acceso a redes sociales en el trabajo, lo que, se sostiene, se está convirtiendo en una tendencia del mercado corporativo estadounidense.¹²¹ **Por nuestra parte, creemos que no es tan sencillo para una empresa o ente público prohibir el uso de Internet en el trabajo. Si observamos el caso de los empleados del Poder Judicial, no parece posible negar que internet importa una herramienta crucial para la búsqueda rápida y efectiva de material normativo, doctrinario y jurisprudencial. Así, si bien pueden establecerse bloqueos para acceder a determinados sitios (como redes sociales) desde las oficinas de trabajo, a fin de evitar la dispersión de los empleados, no es conveniente, en cambio, privar en términos generales el acceso a Internet para su utilización como herramienta de trabajo.**

Es interesante mencionar finalmente la relevancia de algunas políticas que han sido adoptadas en otros países que, en pos de resguardar la privacidad de la información que poseen ciertos organismos públicos, han reemplazado los nombres por iniciales, a fin de impedir que se conozca por vía electrónica, entre otros aspectos, quiénes son beneficiarios de licencias de obras o de apertura de comercios o qué proveedores abonan facturas. En Marbella (Málaga), por ejemplo, se ha sustituido por iniciales los nombres completos de personas y empresas en las actas de las juntas de gobierno locales que se cuelgan en Internet "dentro de una política de respeto a la Ley de Protección de Datos"¹²²

(i) Archivos de centros de salud

como, al terminar el día de trabajo, cerrar los ficheros y guardar los papeles en cajones con llave, apagar las computadoras y evitar dejar claves o cualquier tipo de información sobre los escritorios, como una práctica cotidiana. No obstante cuanto puedan aportar estas medidas, no se soslaya que hay muchos mecanismos para transportar información. Una memoria portátil como las que usamos en los celulares, o un pendrive, puede transportar el equivalente a la información contenida en toneladas de papel. No es una exageración. En 8 gigas de memoria se puede archivar información que, si tuviéramos que volcarla en papel, requeriría 300 toneladas del mismo. (M. Inés Tornabene, Jefa de la Oficina de Registro del Centro de Protección de Datos Personales, Defensoría del Pueblo de la C.A.B.A. – Argentina. (RECPDP - 03.07.09).

121 Un ejemplo de ello se da en los grandes estudios de Hollywood, los que agregaron una cláusula en el contrato de sus actores para que no utilicen redes sociales. DreamWorks Animation y Disney fueron los pioneros de la estrategia de restringir el uso de plataformas como Facebook y Twitter. Según un estudio de la consultora Robert Half International, sólo el 10 por ciento de las empresas permite el uso de Twitter y Facebook sin ninguna limitación. En cambio, el 20 por ciento de las firmas admitieron que sus empleados están autorizados a hacerlo, siempre y cuando sea con fines laborales. Del informe se obtuvo que en total el 54 por ciento decidió no dar demasiadas vueltas al asunto e impedir completamente el acceso a los sitios. (RECPDP - 28.10.09).

122 http://www.elpais.com/articulo/andalucia/Marbella/limita/informacion/publica/proteger/datos/elpepuespand/20090903elpand_11/Tes, cit. por (RECPDP - 04.09.09).

El Consejo de Europa ha señalado que los datos médicos forman parte de la esfera de intimidad de las personas, de manera que su transmisión o divulgación solamente se puede hacer en temas y problemas muy concretos y restringidos. Al respecto, la Convención para la Protección de los Individuos en relación al Tratamiento Autorizado de Datos Personales, en su art.6, dispone que los datos personales relativos a la salud no pueden ser procesados automatizadamente, a menos que el ordenamiento nacional proporcione medidas de seguridad apropiadas.¹²³

En nuestro país, el art. 27 del reglamento establece que los datos vinculados a la salud sólo podrán ser tratados, a fin de realizar oferta de bienes y servicios, cuando hubieren sido obtenidos de acuerdo con la ley 25.326 y siempre que no causen discriminación. Estos datos no podrán ser transferidos a terceros sin el consentimiento previo, expreso e informado del titular de los datos, quien deberá recibir una noticia clara del carácter sensible de los datos y de que no está obligado a suministrarlos, junto con la información del art. 6 y 11 inc. 1 de la ley 25.326 y su derecho a solicitar el retiro de la base de datos. Sin embargo, se sostiene que la ley de mención no ha solucionado el problema que tienen los profesionales de la medicina y los establecimientos sanitarios en el tratamiento de los datos personales sensibles. Se señala que no existe en nuestro país norma alguna que oriente sobre la forma cómo se debe implementar una historia del paciente, partiendo de la base escrituraria tradicional que supone que la práctica no asentada no fue hecha, de modo tal que, *prima facie*, existiría una presunción de responsabilidad por omisión, lo que ha generado que médicos y hospitales comiencen a elaborar técnicas de almacenamiento que permitan un control certero y preciso del paciente, dando lugar a historias clínicas computarizadas que cuentan con diversos datos hospitalarios.¹²⁴

Se suelen generar distintas discusiones con relación al manejo de los datos sobre salud. Por ejemplo, en España, mientras que la AEPDP sostenía que las personas fallecidas están excluidas de la Ley de Protección de Datos, la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), entidad dependiente del Ministerio de Sanidad de España, explicaba que no podían facilitarse ni divulgarse

informaciones que permitan la identificación del donante y del receptor de órganos humanos.¹²⁵

También se ha generado una discusión en lo que refiere a la posibilidad o no de exigir determinada información personal a cierta clase de pacientes, como el caso de las madres que deciden abortar un hijo. Por ejemplo, las mujeres que quieran abortar en el estado de Oklahoma, Estados Unidos, están obligadas a hacer pública información personal como su estado civil, su raza y el número de hijos que tienen, en una página web oficial, según una información publicada en el periódico *The Guardian*. Si bien no están obligadas a dar su nombre, los grupos locales para la defensa del derecho al aborto criticaron la medida porque consideraron que aunque no deban dar sus nombres, en muchos casos esta información podría identificarlas.¹²⁶ Por su parte, en España, el Comité de Bioética avala que el aborto de menores sea confidencial, entendiéndose que debe respetarse su derecho a la intimidad y a la protección de sus datos personales.¹²⁷

Otro problema muy reiterado en materia de información sobre salud consiste en la dispersión de datos personales en la vía pública a través del descarte de papeles de los hospitales como basura sin adoptar recaudos suficientes. Existen al respecto casos trascendentes de fuga de información a nivel mundial en relación a importantes hospitales, organismos como Cruz Roja Internacional y clínicas neuropsiquiátricas.¹²⁸ Cabe

125 <http://www.laverdad.es/alicante/20090821/provincia/organos-gobierno-enfrentan-proteccion-20090821.html>, (RECPDP - 25.08.09).

126 (RECPDP - 21.10.09).

127 (RECPDP - 13.10.09).

128 Uno de ellos fue el caso del hallazgo de miles de expedientes médicos en contenedores anexos al Hospital de Segovia en 2006, como así también de documentos privados pertenecientes al Instituto de la Mujer en un contenedor del centro de Madrid en 2000 o informes confidenciales de la Guardia Civil abandonados en un cuartel de Gerona en 2003. Esto llevó a la Agencia Nacional de Protección de Datos de España, encargada de vigilar el cumplimiento de la Ley de Protección de Datos, a recordar que la comunicación de datos privados puede ser constitutiva de falta, al igual que su abandono. Así, en el artículo 9 de ésta, se afirma que 'el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos'. Otro caso similar es el que se dio en ocasión de la búsqueda de una mujer desaparecida (Laura Alonso) en los montes de Toén, lo que permitió descubrir que en los edificios en ruinas que forman parte del Hospital Psiquiátrico se hallan abandonados expedientes de pacientes, facturas y libros de cuentas. Se cuentan por miles. En el caso de los informes psiquiátricos, aparecen datos de pacientes de los años 70. (RECPDP - 10.09.09).- Por su parte, un hecho alarmante en España se dio cuando el reputado sistema de trasplantes de órganos de la sanidad pública española -cuyos pilares son la igualdad, la gratuidad y la confidencialidad garantizada a donante y receptor- ha sufrido la mayor fuga de información en sus más de 20 años de historia. Un listado con datos personales de todos los enfermos que recibieron un corazón en el hospital Clínic de Barcelona entre 1998 hasta marzo de 2007 fueron encontrados en la acera de una calle, a unos 300 metros del hospital, según comprobó "El País". (RECPDP - 04.11.09). Otro caso relevante se dio en

123 Gozáini, op. cit. p. 113.

124 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, op. cit. p. 111-112.

aclarar que el riesgo de observar información como basura no sólo se da en el ámbito de la salud, sino también en otras áreas. Un ejemplo de esto fue relatado por el diario "El País" de España, en cuanto señaló que cuatro juzgados y una Audiencia Provincial usaban, para desembarazarse de sus expedientes, un método bastante rústico y poco seguro: los metían en bolsas de basura y los bajaban al contenedor de la esquina sin más. Toda la información (dni, datos de menores, informes psicosociales de parejas en proceso de divorcio, relación de bienes personales, declaraciones de víctimas de malos tratos y de abusos sexuales) quedaba expuesta en mitad de la calle ante cualquiera que fuera lo suficientemente indiscreto como para hurgar en la basura.¹²⁹

(v) Archivos policiales

Otra problemática que se ha presentado ante los tribunales de justicia, es la que refiere a los archivos policiales. En este sentido, en Bariloche, Argentina, se interpuso una acción de hábeas data en la que se resolvió que resulta constitucionalmente objetable que quien no ha sido condenado, y cuyo estado de inocencia permanece incólume, integre los llamados "álbumes policiales de personas sospechosas".¹³⁰ La solución es acorde a nuestro modelo de derecho penal que consagra el principio de inocencia, lo cual encuadra en el marco de nuestras garantías constitucionales y aquellas concebidas en los tratados internacionales ratificados por nuestro país. No obstante, desde la dogmática penal, cabe recordar que estas cuestiones ofrecen distintas perspectivas de análisis de acuerdo a la concepción de derecho penal a la que se adscriba. Pues quienes definden un modelo garantista puede que adhieran a una solución como la antes citada, mientras que quienes se acercan más a un derecho penal del enemigo, probablemente compartirían que existan tales archivos policiales.

relación a información de la Cruz Roja Internacional. Miles de documentos con datos confidenciales de Cruz Roja cubrieron el un terreno contiguo a una ex_sede de la organización. Los mismos, en su mayoría referían a ingresos bancarios realizados por ciudadanos a través de diversas entidades -a lo largo de los años 90 sobre todo-, así como partes de salida de las ambulancias. En ellos pueden leerse los datos personales de la persona atendida, incluidas su dirección o el DNI, así como las razones médicas por las que se pidió una ambulancia, lo cual no deja de ser un riesgo. (RECPDP - 28.08.09).

129 Esos juzgados y sus respectivas consejerías de Justicia se enfrentaron a procedimientos sancionadores ante la Agencia de Protección de Datos. (RECPDP -. 02.07.09).

130 El recurso de hábeas data se inició mediante la presentación de un joven barilocheño ante el juzgado a cargo de Lozada, quien sostuvo que el día 8 de mayo de 2008 fue detenido por personal policial en ocasión de encontrarse en el "Shopping Onelli" de esta ciudad. (RECPDP - 11.09.09).

(vi) Información captada por cámaras de video-seguridad en la vía pública

Otro problema es la captación de imágenes en la vía pública, el que no se agota en la conducta de algunos ciudadanos que captan imágenes con sus cámaras, sino que también abarca la inadecuada utilización de imágenes captadas por cámaras de empresas de seguridad privada¹³¹ y pertenecientes a la vigilancia estatal. En relación a estas últimas, cabe mencionar que, en tiempos en los que la seguridad ocupa una de las mayores demandas de la ciudadanía hacia sus gobernantes, no parece fácil cuestionar la decisión de éstos de incorporar cámaras en la vía pública como un medio de vigilancia. No obstante, dicha vigilancia estatal a través de filmaciones ha despertado ciertas críticas por las que esencialmente se cuestiona el modo en el que las autoridades administran las imágenes captadas del público.¹³²

(vii) Archivos de inteligencia estatal

Actualmente, distintas necesidades del mundo contemporáneo exigen la cooperación internacional en múltiples aspectos, cuestión que de manera directa o indirecta puede y suele tener implicancia en el manejo de datos personales de los ciudadanos de cada país. Un ejemplo de ello se da en el marco de la cooperación internacional dirigida hacia la lucha contra la delincuencia, en donde el intercambio de información suele ser un eje central para los servicios de inteligencia estatales, cuestión muchas veces loable, pero otras tantas perjudicial para la intimidad y privacidad

131 En relación a las empresas de seguridad privada, a partir de marzo de 2010 los registros sobre dueños y empleados de agencias de seguridad privada en poder del gobierno porteño están en la web a disposición de la sociedad civil (La medida fue aprobada por la Legislatura de la ciudad de Bs. As. a partir de un proyecto de ley presentado por la diputada Gabriela Cerruti, de Nueva Democracia). Se reformó así la ley 1913 a partir de una acción de amparo del Centro de Estudios Legales y Sociales, luego de que la Dirección General de Seguridad Privada y el ministro de Seguridad, Guillermo Montenegro, le negaran a Página/12, en dos oportunidades, el acceso a los registros de la Agencia de Investigaciones Privadas Alsina SRL y de Scanner SA, ambas vinculadas con represores de la última dictadura prófugos de la justicia. La norma fue declarada inconstitucional por el juez Roberto Gallardo, que en abril le ordenó al gobierno porteño suministrar los datos. La Legislatura estableció que, entre otros datos, se deberán publicar en Internet los nombres, DNI y "antecedentes profesionales" de socios y empleados de las agencias. Página 12. (RECPDP - 25.09.09).

132 Podemos mencionar que en Inglaterra, la Policía Metropolitana de Londres fue acusada de "denigrar a inocentes" y avanzar hacia un sistema de vigilancia total del ciudadano tras revelarse que tiene en sus ordenadores un archivo con las fotos de al menos 1.500 manifestantes, que en muchos casos no han sido procesados por ningún crimen, y los defensores de los derechos civiles creen que la existencia de ese archivo con personas inocentes puede violar la legislación británica sobre privacidad, según el diario 'Financial Times'. (RECPDP - 19.10.09).

de algunos ciudadanos. Podemos mencionar, por ejemplo, que la CIA, el FBI o cualquier agencia estadounidense especializada en terrorismo tiene acceso a archivos españoles de alta confidencialidad, lo cual ha generado múltiples críticas.¹³³

A fines del año 2009 fue aprobado un acuerdo suscrito por la Unión Europea y Estados Unidos para la transferencia al departamento de Estado de los datos de los pasajeros europeos, cuestión que suscitó diferentes críticas.¹³⁴ Se han gestado diferentes reacciones ciudadanas ante los acuerdos que se celebran en materia de intercambio de información entre los estados. En tal sentido, protectores de datos personales y políticos alemanes reaccionaron ante los planes de la Comisión Europea de permitirle a Estados Unidos el acceso libre a informaciones secretas de los clientes europeos.¹³⁵

A nivel mundial, para la persecución de determinados delitos de alcance transnacional, como el lavado de activos de origen delictivo, proveniente, entre otros, de delitos como el narcotráfico, resulta crucial la cooperación internacional en materia de inteligencia estatal.

(viii) Intervención judicial del correo electrónico

Un tema que no podemos dejar de mencionar es el relativo a la intervención de las comunicaciones efectuadas por correo electrónico. Pues ello presenta una dificultad práctica que lo diferencia de la correspondencia de papel. Como sabemos, los sobres con correspondencia interceptada por orden judicial deben ser abiertos por el propio

133 Se señala que España nunca había llegado tan lejos en la cooperación internacional, ni siquiera con Francia. Un acuerdo firmado en junio de 2009 en Washington entre el ministro Alfredo Pérez Rubalcaba, el fiscal general estadounidense, Eric Holder, y la secretaria adjunta de Seguridad Nacional, Jane Holl Lute, dio luz verde a que los agentes antiterroristas norteamericanos tengan acceso directo a las bases de datos policiales españolas, incluidas aquellas que contengan datos tan íntimos como «opiniones políticas», «vida sexual» o prácticas religiosas de sospechosos. El pacto es recíproco y permite que los funcionarios de Interior también puedan consultar sin intermediarios y sin apenas restricciones los archivos estadounidenses sobre huellas dactilares, ADN y antecedentes penales en busca de posibles activistas. El acuerdo se denominó «convenio sobre incremento de cooperación para impedir y combatir la delincuencia grave». Ese epígrafe inocuo hizo que entonces pasara desapercibido en medio de otra riada de protocolos y en plena polémica sobre el traslado de presos de Guantánamo a España. Pero detrás de ese título, advirtieron luego juristas y responsables de la lucha antiterrorista, que se esconde un acuerdo sin precedentes y extremadamente delicado. (RECPDP - 29.09.09).

134 (RECPDP - 04.12.09).

135 De “inaceptable” calificó Alexander Dix, delegado para la defensa de los datos personales de Berlín, la acción de Bruselas. Pero también de parte del partido Unión Cristiano-Social de Baviera (CSU), miembro menor de la coalición del Gobierno de Angela Merkel, existieron severas críticas. Se señaló que “Si Europa llegaba a aceptar los planes de Washington, los ciudadanos de la UE tendrán que contar con que las autoridades policiales estadounidenses vigilarán todas las transacciones bancarias que realice un ciudadano europeo”, dijo Dix al diario capitalino *Berliner Zeitung*. (RECPDP - 04.08.09).

tribunal que así lo ordenó. Pero la experiencia demuestra que es ínfimo el número de cartas que normalmente suele recibir una persona en relación al inmenso número de correos electrónicos que diariamente recibimos. Si de una empresa se trata, por ejemplo, puede que reciba decenas o cientos de mails diarios. En efecto, en la práctica, es una tarea materialmente muy caudalosa para los tribunales el proceder a la apertura de todos los correos electrónicos que diariamente recibe la persona o empresa respecto de la cual se ha ordenado la interceptación y apertura de sus comunicaciones y correspondencia. El problema es que dicha tarea dudosamente pueda delegarse en otras áreas (policía judicial por ej.) sin afectar garantías constitucionales.

Es válido mencionar que esta problemática tiene varios aspectos de discusión que son tratados a nivel mundial. Por ejemplo, la Asociación de Internautas (AI) presentó ante la Comisión Europea una denuncia contra la normativa que regula la interceptación legal de las comunicaciones, por “ignorar las garantías constitucionales y comunitarias que protegen su correcta ejecución, entre éstas, el hecho de que deben ser ordenadas por un juez”.¹³⁶

Bruselas inició la segunda fase de un procedimiento para garantizar la privacidad de los datos personales de los ciudadanos británicos en sus comunicaciones electrónicas a través de la protección que brinda la normativa comunitaria.

Las normas vigentes establecen que los países miembros deben garantizar la confidencialidad en las comunicaciones a través del correo electrónico y la navegación por internet. La vigilancia ilegal y la interceptación sin el consentimiento del usuario están prohibidas.¹³⁷

5. CONCLUSIONES

Hemos podido advertir a lo largo del desarrollo, que uno de los grandes desafíos a nivel mundial radica en generar adecuadas políticas de seguridad, confidencialidad, control, prevención y educación en pos de proteger la información en general y principalmente aquella que se aloja en Internet, haciendo hincapié en los menores y en la tercera edad, debiendo comenzarse por incrementar la prevención, al menos, hasta que la legislación y los mecanismos de seguridad y control sean más eficientes.

136 (RECPDP - 21.09.09).

137 (RECPDP - 05.11.09).

Dentro de los mecanismos de prevención en internet, creemos que las legislaciones deberían ser más estrictas en cuanto exigir expresamente determinados parámetros de seguridad y privacidad en las redes sociales y otros sitios que suelen poner en riesgo los datos personales de sus usuarios, para lo cual sería conveniente exigir la predeterminación de perfiles de máxima seguridad, debiendo ser los usuarios quienes, prestando su consentimiento informado, reduzcan los parámetros de seguridad y privacidad, y no a la inversa, como ocurre normalmente, en donde la información queda absolutamente liberada salvo que el usuario sepa como restringirla.

Asimismo, creemos que debería exigirse a ciertos sitios de internet que posean enlaces que conduzcan a otros sitios destinados a educación y prevención en el uso de Internet.

Por su parte, pensamos que es necesario que desde el gobierno se implementen acciones positivas, tales como: la realización de campañas tendientes a concientizar a la sociedad en general, a las empresas y a los profesionales sobre la necesidad de adoptar conductas de prevención, seguridad y control de los datos personales que manejan; la realización de auditorías para evaluar el grado de cumplimiento de la normativa de protección de los datos personales por parte de las entidades públicas y privadas; el fomento de la confección, distribución y utilización de libros o manuales orientadores en materia de protección de los datos personales. Claro que todas estas tareas de prevención, educación y control, exigen la asignación de un presupuesto¹³⁸ a tal fin que permita costearlas adecuadamente.

En materia de controversias, entendemos que para la composición de conflictos referidos a la afectación o trato inadecuado de datos personales no debe soslayarse la utilidad de buscar soluciones a través de la mediación. Un ejemplo al respecto se verifica desde una iniciativa de la Comisión de Protección de Datos en Andalucía¹³⁹, que ha puesto a disposición de los ciudadanos un innovador servicio gratuito de mediación en ma-

138 En México, al aprobarse por unanimidad la ley de protección de datos personales en posesión de particulares, los expertos en derecho informático coincidieron en que la ley es letra muerta si el Congreso no asigna el presupuesto necesario para su aplicación. (RECPDP -10-05-10).

139 Esta Comisión importa un órgano de funcionamiento independiente creado por la Asociación Andaluza de Comercio Electrónico (ANDCE), y tiene como principal objetivo lograr el cumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de las empresas y administraciones andaluzas, para lo cual lleva a cabo multitud de acciones de sensibilización y formación. (RECPDP - 21.10.09).

teria de protección de datos de carácter personal, a través del cual, por la vía amistosa, procede a valorar la viabilidad de la reclamación para, posteriormente, negociar con las partes la cuantía de una posible indemnización sin tener que acudir a la vía judicial. Ello obedece a que son cada vez más las denuncias de este tipo que llegan hasta la AEPD, sin competencia para fijar la indemnización de los posibles daños y perjuicios.

Hemos efectuado así un desarrollo de nuestra temática con base en el análisis normativo de la legislación vigente en materia de protección de los datos personales, intentado mostrar el estado general acerca de la problemática referida desde la propia realidad, lo que nos ha permitido advertir que el constante y acelerado avance de las tecnologías y medios de comunicación e información de la actualidad, no obstante su inmensa utilidad, genera un incremento permanente de riesgos que atentan contra la existencia misma de un ámbito de privacidad propio de cada individuo. Ello justifica acciones responsables de los gobiernos, a través de adecuadas y actualizadas legislaciones, buenas políticas de prevención, educación y control, y de una importante cooperación interestatal a fin de evitar que tales riesgos se concreten en daños, y en pos de detener la continua reducción de la esfera privada o íntima de las personas. De otro modo, nos arriesgamos a decir que, algún día, el estado de agravamiento de la situación actual puede que obligue a redefinir los alcances mismos de la noción de intimidad y privacidad, y a repensar toda la legislación que protege los datos personales, la intimidad y la privacidad.

ARTÍCULO N°4

REGIMEN PENAL TRIBUTARIO- MODIFICACION ACTUAL A LA LEY 24.769- Ley 26.735- Aplicación de la Ley Penal más benigna-

Postura del Procurador General de la Nación (Dic-tamen RGM 5/12)

Ana Paula Carena

Abogada-Secretaria a cargo de la Secretaría Penal

Nº5 del Juzgado Federal Nº 2 de la Provincia de San Juan

Como consecuencia de la necesidad de la actualización cuantitativa de los montos previstos en los tipos penales de la ley 24.769, nació un proyecto de reforma de Ley por parte del actual Gobierno, Poder Ejecutivo Nacional, que con fecha 17 de marzo de 2010, -por Mensaje Nº 379-, el que se sometió a consideración ante el Honorable Congreso de la Nación.

Se entendió la necesidad de adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, atento que desde la sanción de aquella ley (24.769) hasta la actual modificación no había sufrido ninguna modificación.

Con esta modificación se pretendió mantener una razonable proporción entre las distintas figuras típicas consideradas y la magnitud del bien jurídico protegido en relación con el contenido del injusto de los diferentes delitos.

Actualmente, la modificación fue introducida por la ley 26.735- promulgada en fecha 27.12.11- donde se aumentan los montos en las distintas hipótesis de evasión, y se incluyen bajo el ámbito de protección de la ley penal a los tributos del fisco provincial y los de la C.A.B.A (Ciudad Autónoma de Bs. As).

Quiero referirme -en el presente artículo- específicamente a los tipos penales donde la ley ha modificado los montos; así se puede visualizar el de "evasión simple" (art. 1º de la ley 24.769) un monto de pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000); para las distintas hipótesis del art. 2º, es decir "evasión agravada": inc. a) sólo si el monto evadido supera la suma de cuatro millones de pesos (\$ 4.000.000); inc. b) y c) otros dos supuestos de evasión agravada, en éstos, si el monto evadido supera la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000). También sufrió una modificación la evasión simple y agravada del pago de aportes o contribuciones, o ambos conjuntamente correspondientes al sistema de la seguridad social (arts. 7 y 8), donde el monto exigido exceda la suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000) por cada mes. En el caso de la evasión agravada, la modificación exige un monto mínimo de inc. a) pesos cuatrocientos mil (\$400.000), inc. b) pesos ciento sesenta mil (\$ 160.000). Así como el caso de las retenciones de los aportes por parte del empleador, donde el monto debe superar la suma de veinte mil pesos

(\$ 20.000) por cada mes.

Como consecuencia de dicha modificación, es oportuno delimitar su posible aplicación, conforme la excepción consagrada en el art. 2º del C. P. que prevé la aplicación retroactiva de la ley penal que sea más benigna para los casos en que tenemos imputada una o varias personas contribuyentes y/o empresas, en un proceso penal iniciado con anterioridad, es decir, estando en vigencia la ley 24.769.

Atento que la nueva norma en análisis modifica el monto exigido como umbral necesario para que se cumpla la condición objetiva de punibilidad, cabe aclarar el significado de éste último. Corresponde precisar que en materia penal tributaria, se utiliza la expresión "condiciones objetivas de punibilidad" para referirse a los montos mínimos a partir de los cuales se configura el delito en la ley penal tributaria, si bien se ha discutido sobre la naturaleza de este elemento, como parte del delito, aparece hoy, indiscutible que las reformas legislativas sobre "el monto", están modificando una norma penal completa, y precisando la conducta incriminatoria, y no una mera norma extrapenal, lo que me lleva a una visión donde "la condición objetiva de punibilidad (monto de la evasión)" forma parte del resultado de la acción; así ha sido conceptualizado por la CSJN, en el caso "Legumbres, S.A. y otros".

En tal sentido, tomando como ejemplo el supuesto de una evasión simple de años anteriores a la nueva reforma, por ejemplo "evasión del impuesto a las Ganancias período fiscal 2008" por una suma de pesos Ciento Treinta y Cinco Mil (\$ 135.000), y la conducta típica vigente al momento del hecho resultó ahora modificada, por la ley 26.735, que ahora establece en su art. 1º: "Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción u omisión, evadiere total o parcialmente el pago de tributos al Fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual aún cuando se tratase de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año**".

En consecuencia, se advierte que la nueva disposición legal resulta más benigna para el hecho que nos ocupa, por cuanto ha introducido

una importante modificación al aumentar el mínimo a \$ 400.000 como límite punible de la evasión simple.

En este sentido, cabe decir que el principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se funda en la verificación de que es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho (sobre ello, Fallos 311:2473). Según la opinión sentada por la sala II de Cámara de Casación Penal *"la ley penal más benigna es la que en la situación jurídica en que se encuentra el interesado, lo favorece o lo hace en mayor medida, sea porque el hecho imputado, objeto de la condena, ha dejado de ser delictivo o contravencional; sea porque se castiga menos severamente o se ponen mayores exigencias para castigarlo o menores para reprimirlo más benignamente o para eximirlo de pena o acordarle un beneficio"*.

La doctrina explica que debe entenderse como ley penal más benigna aquellas leyes existentes, entre la que regía al momento de la comisión del hecho y la que se encuentra en vigor al dictarse la sentencia, y para el caso que de algún modo beneficien al imputado de conformidad con lo establecido por el art. 2° del Código Penal, deben ser aplicadas ultraactivamente. Habiéndose pronunciado la Corte en reiterados fallos, que los efectos de la benignidad normativa en materia penal "se operan de pleno derecho", es decir, aún sin petición de parte (Fallos, 277:347; 281:297 y 321:3160).

Por otro lado, este principio ha sido establecido en Tratados de orden Internacional, que desde la reforma constitucional de 1994, en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna que asignó rango constitucional a distintos tratados internacionales de derechos humanos, es posible sostener que el principio de la ley penal más benigna –antes considerado un beneficio legal– posee jerarquía constitucional, pues ha sido reconocido por tales convenciones (Arts. 9, 2° disposición de la Convención Americana sobre Derechos humanos, y 15 inc. 1° 3° disposición del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos). La doctrina es prácticamente unánime en sostener que el artículo comentado no alude solamente a la ley penal más benigna, pues refiere –genéricamente– a la ley más benigna.

Cabe citar como precedentes en materia penal tributaria, lo aplicado por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 23/04/2002, "Carrera Mario C. S rec. De Casación", (LL, 2002 –E, 542): "... Resolvió que correspondía aplicar la Ley 24.587 a un hecho de evasión fiscal cometido durante la vigencia de la ley 23.771, por resultar más favorable para el imputado, toda vez que su art. 8°-del Título V- modificó el art. 2° de la ley 23.771 e introdujo un umbral de punición mayor por debajo del cual las conductas que no superen los montos allí establecidos serán consideradas meras infracciones administrativas ..."; y lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23//10/2007, "Palero, Jorge Carlos s/ rec. de casación", siguiendo el dictamen del Procurador Fiscal, en un caso análogo donde se aumenta a diez mil pesos el límite a partir del cual es punible la apropiación indebida de recursos de la seguridad social, previsto en el art. 9 de la ley 24.769.

Además otro fallo importante –ahora en discusión– que apoya esta postura, es el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Palero, Jorge Carlos s/ recurso de casación" (Fallos: 330-4544), donde se dispuso aplicar retroactivamente el art. 13 de la ley 26.063, que aumentó de cinco mil pesos a diez mil pesos el monto mínimo a partir del cual era punible el delito de apropiación indebida de recursos de la seguridad social.

Sin embargo, una vez en vigencia la Ley 26.735, el Procurador General de la Nación, por resolución (RGN 5/12), fechada el 8 de marzo de 2012, instruyó a los señores Fiscales con competencia penal, para adoptar su oposición a la aplicación retroactiva de dicha ley, por aplicación de los arts. 9° y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exponiendo en sus considerandos que " el aumento de los montos mínimos de la ley penal Tributaria que dispuso la ley 26.735 respondió al objetivo principal de actualizarlos compensando la depreciación sufrida por la moneda nacional durante el período de vigencia de la ley 24.769. En efecto, en el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto que –con reformas– se convertiría más tarde en la ley 26.735, se sostuvo que el ajuste propuesto propiciaba 'adecuar los importes mínimos exigidos para considerar verificada la condición objetiva de punibilidad, considerando el tiempo transcurrido desde su sanción'".

Expresó como fundamento para oponerse

a la aplicación del principio de benignidad por el aumento de montos mínimos de evasión – entre otros- el entender que la aplicación retroactiva de las leyes penales no es “mecánica o irreflexiva”, sino que corresponde “... evaluar si la nueva ley es la expresión de un cambio de valoración de la clase de delito que se imputa”. En base a ello, su postura es que en casos de “reajustes y/o corregir los efectos de la depreciación de la moneda nacional”, debe garantizarse la igualdad de trato en el tiempo, y que la intención de la norma en este caso sería la de mantener constante el valor económico real a partir del cual un ilícito fiscal es punible.

Con esto, si bien se abrió una discusión dogmática en la que se ponen en relieve conceptos jurídicos importantes, el debate ya ha quedado obligatoriamente derivado a los resultados de la contienda judicial, habida cuenta que, en definitiva, decidirá la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Puesto que ya varios Juzgados y Cámaras han comenzado aplicar retroactivamente la nueva ley penal, incluso en el Juzgado Federal de San Juan.

En definitiva, en base a ello, y sin dejar de reconocer que la tesis del Procurador General es fundada, me permito disentir con tal doctrina.

A mi entender, las causas cuyos montos se encuentren por debajo del umbral dado por la nueva ley 26.735 (modificatoria de la ley 24.769), y por aplicación del art. 2 del C.P. –retroactividad de la ley más benigna-, a los fines de la tipicidad de los distintos tipos de evasión, la conducta aparece como atípica al no alcanzar el monto exigido, por cuanto me inclino a entender que el monto mínimo exigido evadido es un requisito de la figura penal. Ello considerando la solución alcanzada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Palero” en el cual se recibió como aplicable al caso por el art. 2 del C.P., la retroactividad de la modificación introducida, importando una desincriminación de aquellas retenciones mensuales menores a la nueva cifra, donde se resaltó que resolver de otra manera importaría una vulneración a aquel principio receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Propiciando dicha solución, la consecuencia lógica sería que en los procesos penales en trámite donde los montos denunciados ahora caen por debajo de la nueva ley, y haya personas físicas y/o empresas contribuyentes, imputados indaga-

dos y/o procesados por delitos de evasión bajo el anterior régimen, se beneficiarán con un sobreseimiento del delito investigado.

JURISPRUDENCIA

(con notas breves a cargo de la Dirección)

Existen, básicamente, dos métodos de publicar la jurisprudencia: uno de ellos es por temas (jurisprudencia temática); otro, la agrupación de fallos por tribunal.

Ambos resultan de utilidad. En el primer caso se permite al operador jurídico efectuar una rápida consulta respecto de determinados temas. El segundo método, presenta la ventaja para los abogados litigantes de conocer los criterios imperantes de un determinado tribunal.

En el presente número se ha optado por publicar jurisprudencia por tribunal, más precisamente, de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan, sin perjuicio que, en posteriores ediciones, se efectúen publicaciones jurisprudenciales por voces o temas.

Dr. José Luis Miolano

JURISPRUDENCIA N°1

AUTOS N° 21.169 (118079/CA - CONT. ADMINIS.) “RUIZ JUAN VÍCTOR c. MUNICIPALIDAD DE SANTA LUCÍA - ORDINARIO”

L. DE A. T° 182, F° 20/22

SAN JUAN, 7 de febrero del año dos mil doce.
VISTOS:

Para resolver en estos **AUTOS N° 21.169 (118079/CA - CONT. ADMINIS.) caratulados "RUIZ JUAN VÍCTOR c. MUNICIPALIDAD DE SANTA LUCÍA - ORDINARIO"**, el recurso de apelación impetrado a fojas por la, contra la resolución de fecha, dictada por el Tercer Juzgado Civil.

Y CONSIDERANDO:

El Dr. CARLOS E. FERREIRA BUSTOS, dijo:

1. El Dr. Juan José Victoria, en representación de la Municipalidad de Santa Lucía, planteo recurso de reposición con apelación en subsidio contra el decreto de fecha 29/07/2010 que imprime a la causa el trámite del proceso ordinario (art. 284 del CPC). Peticiona se le dé trámite según las normas del proceso contencioso administrativo, desde que en la demanda relata el actor haberse desempeñado como **contratado** transitorio y denuncia su despido o **remoción**. La relación jurídica encuadra en los denominados **Contratos de administración**. Respalda su postura en lo dispuesto en el art. 765 del CPC y la misma prueba documental aportada por quien promueve la acción.

2. Ambos recursos son rechazados, pero esta Sala I, por resolución de fecha 06/10/2011, admite la queja y habilita la segunda instancia para dirimir la cuestión.

3. Aunque la jueza *a quo* reconoce en su fallo que la cuestión de la competencia está definitivamente resuelta en sede laboral por ser la materia de litigio de competencia del Juzgado Contencioso Administrativo, no obstante, juzga, conforme al Acuerdo General N° 54/07 de la Corte de Justicia, que su competencia se extiende a otros supuestos, siempre que la cuestión esté regida por el Derecho Público. Y concluye: *"En el sub-lite, el objeto de la acción planteada consiste en el pago de sumas de dinero a las que el actor se considera con derecho y le reclama a la Municipalidad demandada, razón por la que aparece correcto el trámite ordinario impreso (cfr. art. 284 y 285 inc. 1° del CPC). En todo caso no puede perderse de vista las alternativas por las que este proceso atravesara, relativas a la competencia del Juzgado ante el cual fuera interpuesta la demanda, como tampoco los derechos de raigambre constitucional -de acceso a la justicia- que imponen a esta magistrado cautela a la hora de determinar cuáles son las de procedimiento a seguir"*.

4. Advierto una suerte de contradicción en la resolución de primera instancia pues la jueza, admite por una parte que esta causa ha de ven-

tilarse en la competencia del Juzgado Contencioso Administrativo y que las relaciones entre los empleados del Estado, sea Nacional, Provincial o Municipal, se rigen por el Derecho Administrativo, esto es el Derecho Público. Pero se reserva la potestad de darle cualquier trámite a la pretensión, en este caso ordena seguir el procedimiento del proceso ordinario, con basamento en el art. 1° de la Acordada General N°54/07 que a su criterio extiende su competencia.

5. El Sr. Fiscal de Cámara José Eduardo Mallea se ha expedido y de su dictamen rescatamos esta opinión tomada de la jurisprudencia nacional: *"...La aludida naturaleza pública de la relación que une a los agentes con la institución determina que, en primer término, deba acudirse a las normas específicas y principios del Derecho Administrativo, para la resolución de cualquier controversia que se suscite en torno a la misma, en razón de la presencia de la persona jurídica estatal como uno de los sujetos de la relación contractual, en función de ser realizadora del bien común."*

Más adelante, luego de calificar la naturaleza del servicio público y las necesidades que cubre, dijo: *"En suma, nos encontramos ante un demandado que es un Municipio, por lo tanto, como antes se dijera, es de carácter público; ante una prestación de servicio de naturaleza pública, y también frente a un actor que inviste la calidad de 'agente del Estado' -en el caso municipal-, entendiéndose por tal 'todo individuo que ejerce funciones estatales en una entidad del mismo tipo, incorporado voluntariamente mediante designación u otro procedimiento legal'. Al encontrarnos frente a una relación contractual pública, ha de concluirse que su naturaleza es de derecho administrativo, y en cuanto tal, de carácter publicista y no de índole privado..."*

6. La Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, en su sentencia de fecha 12/05/2010, compartiendo el criterio expuesto por el Fiscal de Cámara y confirmando el fallo de primera instancia, entendió que la relación jurídica era de empleo público, *"toda vez que aún cuando los demandantes no hubieran sido designados con la formalidad requerida, y por tanto no pertenecieran a la categoría de 'empleados públicos', en su concepto estricto, no puede desconocerse que se encuentran unidos al Estado en una relación de derecho público, al denunciar servicios prestados en favor del poder público municipal..."*

7. Tal como lo afirmó el apelante, el tema con-

cierte a un contrato administrativo porque uno de los sujetos de la relación resulta ser la Municipalidad y el actor se hallaba respecto de ella en relación de dependencia. De modo que la controversia debe ventilarse según las normas del proceso contencioso administrativo (arts. 765 y ss. del CPC) en tanto la pretensión procesal administrativa se clasifica en: lo **subjetivo** según sea la legitimación activa o pasiva de las partes, y en lo **objetivo** según sean los actos administrativos cuestionados. La situación jurídica relatada en la demanda cumple con estos requisitos. Esto implica que todas las cuestiones planteadas deberán ser atendidas en el señalado marco normativo específico.

Por ello, propicio: I) Hacer lugar al recurso de apelación. En consecuencia, revocar el fallo impugnado, declarando que el trámite de la causa será el previsto para el juicio contencioso administrativo. II) Imponer las costas a la parte actora vencida en ambas instancias. Disponer que se practique una nueva regulación de honorarios con arreglo a este pronunciamiento.

El Dr. PASCUAL E. ALFERILLO, dijo:

Atento los antecedentes de la causa que en buen castellano son referenciados por el señor magistrado que me ha procedido en la emisión de la opinión sostengo, en disidencia, que no debe confundirse sino complementarse adecuadamente, los conceptos de competencia en razón de la materia con la capacidad que tiene el a quo para determinar la clase de trámite a dar a la litis presentada.

Ello es correctamente diferenciado por el tribunal inferior al decidir que se le debe dar el trámite sumario a la reclamación efectuada por el actor contra el Municipio, atendiendo prima facie, el contenido de la pretensión deducida.

En ese sentido, se observa el contenido del inc. c) del punto I) de la Acordada N° 54 de la Corte de Justicia local, donde hace referencia a que el tribunal Contencioso Administrativo tomara competencia en las causas que se susciten sobre responsabilidad patrimonial, sea por causa lícita o ilícita del Estado Provincial y las Municipalidades regidas por el Derecho Público, aún cuando se invocaren o apliquen por analogía normas del derecho privado.

Por otra parte se deben tener en cuenta que el art. 27 de la ley 3784 excluye del trámite previo a una serie de hipótesis, entre las que se destacan la d) y e).

Estas alternativas, indudablemente tienen una relación pública pero no implica automáticamente, per se, que el trámite sea el contencioso con previa reclamación administrativa como es establecido por el art. 25 de la Ley 3784 y conc. de la Ley 8037.

En función de ello, voto por la confirmación del criterio adoptado por la señora Juez a quo en la resolución puesta en crisis.

El Dr. GILBERTO A. RIVEROS, dijo:

Por los fundamentos dados por el Dr. Ferreira Bustos, voto en sentido concordante.

Por ello, y la disidencia efectuada,

EL TRIBUNAL POR MAYORÍA RESUELVE:

I) Hacer lugar al recurso de apelación. En consecuencia, revocar el fallo impugnado, declarando que el trámite de la causa será el previsto para el juicio contencioso administrativo.

II) Imponer las costas a la parte actora vencida en ambas instancias. Disponer que se practique una nueva regulación de honorarios con arreglo a este pronunciamiento.

Protocolícese, notifíquese en debida forma, y previa reposición del sellado de ley, si correspondiere, bajen los autos al Juzgado de origen.

Nota de Dirección:

Juicio Contencioso Administrativo. Cuestiones de competencia. Trámite de la causa. Acuerdo General de la Corte de Justicia de San Juan N° 54/2007.

El fallo bajo análisis dirime una interesante cuestión, cual es la de determinar el trámite a imprimir a una causa donde la parte actora reclama el pago de sumas de dinero a un Municipio, tratándose de personal contratado transitorio, y denunciando su despido o remoción.

El fallo dirime asimismo sobre los alcances del Acuerdo General de la Corte de Justicia de la Provincia N° 54/2007.

La mayoría de la Sala I concluye en que debe hacerse lugar al recurso de apelación deducido por el apoderado de la demandada (Municipalidad de Santa Lucía), ordenado que el trámite a imprimir a la causa debe ser el previsto para el juicio "contencioso administrativo".

El voto en disidencia estima que debe confirmarse la sentencia apelada.

En las jurisdicciones provinciales donde existe un fuero específico llamado a resolver las controversias contencioso administrativas (tal es el caso de la Provincia de San Juan a partir de la creación del Juzgado Contencioso Administrati-

vo, Ley 7677), la determinación de las causas que deben ser competencia de dicho fuero responden, básicamente, a dos factores: el subjetivo, donde prima la circunstancia de ser parte en el conflicto un órgano que ejerce función administrativa, o el objetivo, que deriva de la naturaleza de las normas aplicables.

El Acuerdo General N° 54/2007 de la Corte de Justicia de la Provincia combina ambos factores.

En el caso concreto, la cuestión a dirimir pareciera fincar en los alcances del art. 1), inc. e), del precitado Acuerdo General, el cual dispone: *“Será competencia del Juzgado Contencioso-Administrativo, además de los juicios contenciosos administrativos previstos en el Código Procesal, Civil, Comercial y de Minería, los siguientes:... e) Las que versen sobre responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita del Estado Provincial, las Municipalidades, regidas por el Derecho Público, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado”*.

Así las cosas, y atendiendo a las solas constancias del fallo (no hemos tenido acceso al expediente), comparto la opinión del voto mayoritario.

En efecto, de acuerdo con el criterio subjetivo no existe discusión alguna: el que ha sido demandado es un Municipio.

Y si nos atenemos al criterio “objetivo”, el sólo hecho que el agente se haya desempeñado como agente contratado “transitorio” no puede llevar a concluir que le respectiva relación laboral se encuentra regida por el derecho privado. Así, por ejemplo, cualquier acto que dicte la Administración Municipal respecto de tal categoría de agentes (nombramiento, remoción, sanciones, etc.), constituye un acto administrativo que debe reunir todas las exigencias del Derecho Público (competencia, forma, procedimiento, objeto, etc.). Nunca se tratará de una relación exclusivamente regida por el Derecho Privado, sino, a lo sumo, de una relación “mixta”.

Es por ello que considero acertado el voto de la mayoría que, al compartir el criterio del Sr. Fiscal de Cámara y de la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, concluye en la naturaleza esencialmente iuspublicística que une al agente transitorio con el Municipio.

Respecto del voto en disidencia, se con-
signa que: *“...se deben tener en cuenta que el art. 27 de la ley 3784 excluye del trámite previo a una*

serie de hipótesis, entre las que se destacan la d) y la e). Estas alternativas, indudablemente tienen una relación pública pero no implica automáticamente, per se, que el trámite sea el contencioso con previa reclamación administrativa como es establecido por el art. 25 de la Ley 3784 y conc. de la Ley 8037”.

No comparto tal argumentación. Las normas señaladas por el voto en disidencia indican lo siguiente: *“El reclamo administrativo previo a que refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:... d) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria. e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”* (art. 27, incisos d) y e), de la Ley 3784).

En dicha línea de razonamiento, debe repararse que las excepciones al reclamo administrativo previo previstas en el art. 27 de la Ley 2784 implican tan sólo la innecesariedad de transitar la vía administrativa previa (sin perjuicio de la interpretación que respecto de dicha norma ha efectuado el Máximo Tribunal Provincial, aspecto respecto del cual no nos ocuparemos en la presente nota por razones de espacio), pero de tal norma no deriva la inexistencia de un proceso que pueda ser considerado “contencioso administrativo”, pues debemos dejar de lado en antiguo dogma conforme al cual el contencioso administrativo es un “juicio al acto administrativo”. Y ello así, toda vez que dicho dogma no parece ajustarse actualmente a las previsiones del Acuerdo General N° 54/2007 de la Corte de Justicia de la Provincia.

Dr. José Luis Miolano

JURISPRUDENCIA N°2

AUTOS N° 21.186 (119.573 - 7° CIVIL) “TODO GOMA S.R.L. C/ TRANSPORTES Y SERVICIOS S.R.L. - PREPARA VÍA EJECUTIVA”

L. DE A. T° 182, F° 30/31

SAN JUAN, 16 de Febrero del año dos mil doce.

VISTOS:

Para resolver en estos **Autos N° 21.186 (119.573 - 7° Juzgado Civil) caratulados “TODO GOMA**

S.R.L. C/ TRANSPORTES Y SERVICIOS S.R.L. - PREPARA VÍA EJECUTIVA", el recurso de apelación que promueve el Dr. Fernando G. Aguilar Castro en representación de la demandada a fs. 81 concedido a fs. 83.

Y CONSIDERANDO:

1° El Dr. Fernando G. Aguilar Castro en representación de la demandada Transportes y Servicios S.R.L., dedujo recurso de apelación (fs. 81) contra la sentencia dictada el 23-08-2011 (fs. 73/77).

Mediante el resolutorio impugnado la Sra. Juez A quo resolvió rechazar el planteo caducidad de instancia articulado por la demandada Transportes y Servicios S.R.L. a fs. 62/63; y tuvo por reconocida la documentación acompañada en la demanda por el actor y preparada la vía ejecutiva.

El apelante en su memorial, expresa los siguientes agravios: en el primero señala que, la Sra. Juez A quo erróneamente ha considerado extemporáneo al planteo de caducidad de instancia formulado por su parte. Explica que el plazo de tres días previsto por el art. 279 del C.P.C. para petitionar la perención, se aplica al caso de que el demandado hubiese tomado intervención con anterioridad en el expediente, lo que no ha ocurrido en autos. Argumenta que su parte planteó caducidad de instancia en la primera presentación que efectuó, toda vez que el plazo de caducidad había transcurrido antes de la citación. Expresa que *"claramente el art. 279 último párrafo del C.P.C. establece que la caducidad debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda, en este caso, el término para contestar la demanda es de 5 días, es decir que el planteo formulado por la demandada fue realizado en tiempo (día 10 de febrero de 2011, 8,30 hs)"*.

El impugnante sigue diciendo que la norma en cuestión (art. 279 del C.P.C.) contempla dos plazos distintos, uno de ellos mas corto, para oponer la perención, para dos supuesto distintos, y la Sra. juez A quo, debió aplicar al caso el último párrafo del art. 279 del C.P.C..

En segundo lugar, expresa que, como consecuencia del rechazo del planteo de caducidad, la Sra. Juez dispuso que las costas fueren soportadas por la demandada vencida, cuando en realidad debió imponerlas a la actora.

2° Los agravios son contestados por la actora a fs. 87/88.

3° Tratamiento de agravios:

Ante nada, cabe señalar que, como lo comentan los Dres. Jaime Velert F., Roberto Pagés Lloveras y Gustavo Velert B. "en general, existe unanimidad

en el sentido de que la preparación de la vía ejecutiva es alcanzada por la perención de instancia (LL, 148-15; LL, 110-931; LL, 149-293; Enrique Falcón, Procesos de ejecución, t. I, pág.354). En tal caso se aplicará el plazo previsto para los juicios ejecutivos, pues la preparación de la vía ejecutiva, no hace más que integrar el título ejecutivo (LL, 1980-A-245)" Código Procesal Civil, Comercial y Minería de San Juan, T° 2 A, pag.388/389 Ed. Nuevo Enfoque Jurídico 2010.

En este orden, entonces, señalamos que, en nuestro Código Procesal la caducidad de instancia no se produce de pleno derecho, y pese a haber transcurrido el término para que ella opere, puede revivirse si se produce una actividad impulsoria de parte o del Tribunal y ésta no es impugnada por la contraria, dentro del plazo previsto por la ley de forma. El art. 279 segundo párrafo del Código de Procedimientos Civil prevé que la perención de instancia debe formularse "en el plazo de tres días de haber conocido el solicitante cualquier actuación del Tribunal o de parte que impulse el procedimiento después de los plazos del art. 274, y se sustanciará con un traslado a la contraria" y agrega en el tercer párrafo "si el plazo de perención hubiere transcurrido antes de la citación al demandado, éste deberá oponerla en su primera presentación, dentro del plazo para contestar demanda".

"Este plazo de tres días, es un plazo general, pero que no se aplica en el caso de la notificación del traslado de la demanda, que se había ordenado en una fecha anterior al plazo en que se produciría la caducidad o perención, pero que se notifica con posterioridad, en cuyo caso el demandado deberá oponer la perención en su primera presentación, dentro del plazo para contestar la demanda (a tenor de lo dispuesto en el art. 279, último párrafo)" (conf. Velert Frau -Pagés Lloveras, Velert Baistrocchi, ob. cit. supra T° 2 A pag. 331).

La norma procesal mencionada establece los plazos dentro de los cuales la ley presume que ha existido consentimiento a la continuación del proceso. Si tenemos en cuenta que, el término comienza a correr desde que la parte tuvo conocimiento del acto impulsor, esto es el 01.02.2011 (fs.53 y 55), el término de cinco días venció el 09.02.11 en las dos primeras horas.

La Juez A quo, ha concluído de modo acertado juzgando la extemporaneidad del planteo de caducidad de instancia, aún cuando ha considerado aplicable al caso el plazo general previsto por

la norma antes mencionada.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación deducido por la demandada. Las costas, en virtud del principio de la derrota procesal corresponde imponerlas a la demandada vencida (arts. 66/67 del C.P.C.)

Por ello,

SE RESUELVE:

Desestimar el recurso de apelación deducido por la demandada, con costas a su cargo.

Protocolícese, notifíquese en debida forma, y previa reposición del sellado de ley, si correspondiere, bajen los autos al Juzgado de origen.

Nota de Dirección:

Vía Ejecutiva. Perención de instancia. Plazo para deducir el incidente.

El nuevo Código de Procedimientos en lo Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan, Ley 8037, introdujo importantes reformas en materia de perención de instancia.

Quizás la cuestión más interesante en el tema está constituida por el modo de interpretación de los arts. 793 y 798 del C.P.C. (Ley 8037, Disposiciones Complementarias y Transitorias), donde hemos podido observar fallos disímiles de tribunales de Primera Instancia, quizás ante una incorrecta asimilación del concepto de "etapa" procesal con los términos "trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o empezado su curso" (art. 793 del C.P.C.). Pero de este tema, intentaremos ocuparnos en próximos números.

El caso que no ocupa, lleva al Tribunal a interpretar el sentido y alcance del art. 279 del C.P.C. (Ley 8037), en la parte que fija un plazo concreto para deducir el incidente de perención.

Más allá de las críticas doctrinarias al plazo fijado por la precitada norma (conf. al respecto: VELERT F., Jaime A. – PAGÉS LLOVERAS, Roberto – VELERT B., Gustavo A., "Código Procesal Civil, Comercial y Minería San Juan", Edit. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, Tº 2-A, págs. 385/386), se trata de una norma vigente, la cual es interpretada por la Sala I de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería en un caso concreto.

José Luis Miolano

JURISPRUDENCIA N°3

AUTOS N° 21.194 (100177 - 11° CIVIL) "MORENO FRANCISCO SEVERIANO Y OTROS C/ MONTERO EDUARDO ROBERTO Y OTROS - EJECUTIVO"

L. DE A. Tº 182, Fº 3/10

SAN JUAN, 7 de febrero del año dos mil doce.

VISTOS:

Para resolver en estos **autos n° 21.194 (100177 - 11° CIVIL) caratulados "MORENO FRANCISCO SEVERIANO Y OTROS C/ MONTERO EDUARDO ROBERTO Y OTROS - EJECUTIVO"**, los recursos de apelación interpuestos a fojas 154/155 por la demandada contra la resolución de fecha 7-10-09; y a fojas 208 y 211 por la demandada y actora respectivamente, contra la resolución de fecha 02-11-10, dictadas por el Décimo Primer Juzgado Civil.

Y CONSIDERANDO:

El a quo, en la sentencia dictada en fecha 02 de noviembre de 2010, cuya copia obra agregada a fs. 195/204, encontró fundamento suficiente hacer lugar a la inhabilidad de título planteada contra los señores Analía Andrea Moreno Muro, José Manuel Moreno (h), Gastón Andrés Moreno Ouani y Claudia Carolina del Valle Moreno, con costas a cargo de los vencidos.

En el punto 2º) ordenó seguir adelante la ejecución contra los señores Eduardo Roberto Montero y Aída Susana Mora hasta hacer cumplido pago a los señores Francisco Severiano Moreno Y José Manuel Moreno por la suma de \$ 26.355, con mas el 50% de la brecha que exista entre un peso y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago con más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y cláusula penal desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago. Impone las costas por la suma que prospera la ejecución a los ejecutados vencidos.

En el apartado tercero del resolutorio se hace lugar parcialmente a la inhabilidad de título planteada por los ejecutados y rechaza la ejecución de alquileres de los cánones posteriores al día 20 de febrero del año 2008, con costas a cargo de los ejecutantes vencidos.

En los puntos 4º) y 5º) se regulan los honorarios

de los profesionales actuantes.

Contra este resolutorio, a fs. 208 el abogado Martín Castro Gabaldo por la representación que ejerce introduce el recurso de apelación y, a su vez, a fs. 211 se presenta los representados por los abogados José María Acosta Zapata y Waldino Julio Acosta Zapata.

A fs. 209 se introduce pedido de aclaratoria respecto de la pretensión de Marcelo Pablo Moreno Ouani. Ello es resuelto en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2011, cuya copia obra a fs. 227/228, resolvió aclarar la resolución de fs. 195/204 rechazando la ejecución respecto del señor Marcelo Pablo Moreno Zuanni por carecer el mismo de legitimación activa para demandar careciendo en consecuencia de título para ello.

La parte actora se presenta a fs. 213/219 y expresa sus agravios. El primer agravio irreparable que denuncia es por el rechazo de la ejecución de alquileres por los cánones posteriores a febrero de 2008 argumentando a) que los demandados hayan manifestado su voluntad de ocupar la cosa en calidad de dueños en el momento de reconocer la firma del contrato de locación en fecha 20/02/2008, por lo que hasta esa fecha deben ser considerados inquilinos y b) que el reclamo de los condóminos tendientes a que se le reconozca una compensación por el uso exclusivo de la cosa, no se encuentra previsto para que se lo realice por el trámite de la vía ejecutiva al no encontrarse comprendidos dentro de los supuestos previstos por el art. 505 de la ley 3837, razón por la que se rechaza la ejecución.

Contra ello sostiene que la sentencia es caprichosa, arbitraria y no encuentra sustento en el derecho positivo, pues solo se fundamenta en la simple expresión de voluntad de la parte demandada.

En el apartado 2.1.1., asevera que la sentencia confunde la naturaleza del derecho reclamado (art. 497 C.C.) marcando que los actores, señores José Manuel Moreno y Francisco Severiano Moreno demanda por ser locadores del "contrato de locación" obrante a fs. 04/06, razón por la cual cuentan con un derecho personal a cobrar todo los cánones locativos impagos, derecho al que por la relación de alteridad les corresponde la obligación de los demandados de abonar todos los cánones locativos impagos, por revestir los deudores el carácter de locatarios en el antes mencionado contrato cuya firma han reconocido expresamente. La causa de la obligación es con-

tractual.

Para su parte, en función del art. 1622 C.C. el contrato de alquiler sigue vigente bajo los mismos términos hasta que el locador requiera la devolución. El solo vencimiento del término contractual no determina la extinción automática del contrato de locación. Por ello, en la discusión acerca si procede o no el pago de los alquileres caídos, únicamente hay que considerar si existe una causa fuente de la obligación vigente a la fecha en que se exige el cumplimiento. Nada tiene que ver aquí la discusión –propia de los derechos reales– encaminada a discernir si una persona es simple tenedora, poseedora, o propietaria de una cosa o cuales son las consecuencias de la intervención del título de un derecho real.

El juez debió tener en cuenta exclusivamente si existe un contrato de alquiler vigente a la fecha en que se demandó que los actores revistieran la calidad de parte locadora, que los demandados revistieran calidad de parte locataria, de dicho contrato y que estos no acrediten el pago de los cánones.

Por su parte, en el punto 2.1.2., sostiene que el contenido del art. 2458 del C.C. no tiene absolutamente nada que ver con la solución prevista para resolver el caso, dado que, como expuso anteriormente, la acción por cobro de alquileres es una acción personal, encuentra su causa en un contrato de locación vigente y no persigue la entrega de la cosa, sino solamente que los deudores de las obligaciones cumplan con el pago de los cánones locativos.

El recurrente sostiene que el criterio del juez inferior es incorrecto porque la acción seguida en este proceso es únicamente de cobro de alquileres no de desalojo. No se demanda la entrega de la cosa. Cita doctrina en la cual se sostiene que no basta con la mera negativa a restituir el bien y negarse a pagar el canon para decir que se ha producido la intervención del título.

En el punto 2.1.3., luego de reiterar conceptos antes vertidos, sostiene que el a quo no ha dado cumplimiento a la sentencia dictada por este Tribunal en fecha 16/12/2008 cuando se sostuvo que el demandado tiene tiempo para neutralizar total o parcialmente (por la posible existencia de confusión) la legitimidad de la reclamación, pero de modo alguno le hace perder la calidad de título ejecutivo al contrato de locación reconocido judicialmente. En función de lo cual se consideró que corresponde tener por preparada la vía eje-

cutiva.

Por su parte, en el 2.1.4., repite criterios antes expuestos incurriendo ya en tautología, dice que resulta jurídicamente irrelevante que los demandados, luego de reconocer las firmas como propias, hayan expresado que no son inquilinos sino que ocupan el inmueble en calidad de dueños. Este aserto es inadmisibles, porque desde un primer momento se dijo y justificó que la acción de cobro de alquileres iba encaminada a perseguir el 50% del canon estipulado en el contrato. Por ello es que se reclama solo U\$S 2.000 y no U\$S 4.000 como se fijo en el contrato.

El segundo agravio se direcciona a cuestionar las razones por las cuales el a quo no condenó a la accionada al pago del CER (Coeficiente de Estabilización de referencia) creado por decreto PEN N° 214 e impone una tasa de interés excesivamente baja.

Recuerda y reclama la aplicación del art. 1622 C.C. para sostener que la locación debe ser bajo las mismas condiciones pactadas. Es decir, como el contrato estaba en dólares fue pesificado, razón por la cual corresponde se aplique el CER. A todo evento reclama que se aplique la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuentos comerciales, como había sido previsto en el caso Huaquinchay dictado por la Corte de Justicia en pleno.

Como cierre indica que aún cuando se considere que los intereses son usurarios, los mismos no pueden superar el tres por ciento mensual por todo concepto o el interés legal que es la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuentos comerciales.

Corrido traslado a la contraria, esta se presenta a fs. 242/248 y en función de los argumentos que expone solicita el rechazo de la pretensión recursiva.

Por su parte, la demandada se presenta por apoderado, a fs. 229/238, y expresa sus agravios contra la sentencia sosteniendo que la misma le causa agravio pues a su entender el fallo es ajustado a derecho y se ha resuelto con el mejor de los criterios de justicia, en lo que refiere a la excepción de inhabilidad de título, sin embargo, se ha incurrido un pequeño error en cuanto hace lugar parcialmente a la ejecución y ordena continuar.

En ese sentido y luego de recordar la base fáctica de la litis, recuerda que el día 14/04/2000 se venció indefectiblemente el plazo de locación sin que se produjera la renovación y desde el 16

de agosto de 2006, se dio verdadera publicidad frente a cualquier tercero que los hoy ejecutados ocupan el inmueble de calle Laprida N° 230 y 234, ciudad de San Juan, en carácter de condómino.

Ello queda demostrado con los actos exteriores como es la compra del inmueble en fecha 16 de agosto de 2006 mediante escritura que se inscribió en el RGI quedando constituido el derecho real de donde el comportamiento como condómino se contradice en forma absoluta con el de inquilino.

Este comportamiento fue el asumido ante la demanda de desalojo que fue resistida con el argumento de que no se era inquilino sino propietario. Es por ello que considera desacertada la apreciación del a quo que considera que la primera manifestación que se realiza en el que se muestra la voluntad de ocupar la cosa en calidad de dueño, es al momento de reconocer la firma del contrato de locación en fecha 20 de febrero de 2008, por lo tanto hasta esa fecha deben ser considerados como inquilinos. Para el recurrente, ello está alejado de la verdad material de los hechos acreditados que señalan la compra en condominio por parte de los señores Montero y Mora que tuviere publicidad registral en fecha 16 de agosto de 2006.

Luego de reiterar conceptos ya vertidos, incurriendo innecesariamente en tautología, concluye sintetizando el primer agravio al decir que los señores Montero y Mora, son dueños desde fecha 17 de julio de 2006 cuando compraron una parte indivisa mediante escritura pública (n° 93 Folio n° 93 del Registro Notarial n° 8 a cargo del Dr. Julio A, Lloveras) y dieron publicidad a tal derecho frente a todo tercero el 16 de agosto de 2006 cuando se inscribió la escritura de dominio en el Folio Real en la matrícula 01-12044/1 del Registro General Inmobiliario. Por esa razón, corresponde entonces desde la antes mencionada fecha que no deben pagar alquileres sino compensar por el uso exclusivo, al resto de los condóminos.

El segundo agravio es contra la decisión de condenar el pago de la suma de \$ 25.355 con mas el 50% de la brecha que exista entre un peso y el precio del dólar, tipo vendedor, al día del pago, con mas una tasa del 7,5 anual no capitalizable entre moratorios y cláusula penal.

Para fundamentar su crítica recuerda nuevamente todos los procesos que se han tramitado entre las partes y el dinero depositado que siempre fue en pesos y que la actora no efectuó

reserva alguna relacionado con la validez de los mismos.

Así, reclama la aplicación del principio de buena fe en su faceta de la teoría de los actos propios, citando doctrina judicial.

Como cierre de este apartado dice que su parte siempre pagó en pesos y la ejecutante en los distintos procesos consintió y recibió sin reserva alguna el pago del canon en pesos y no en dólares. Por ello, la pretensión de querer cobrar en dólares y su consecuente pesificación, es totalmente contradictoria e ilegítima, sin fundamento fáctico ni jurídico alguno.

El tercer agravio, es contra la imposición de las costas a su parte, que estima que junto a la procedencia del recurso deben ser impuestas a la contraria.

El cuarto agravio, es contra la regulación de honorarios que fue fijada en el 21% de la base regulatoria que oportunamente se apruebe por su actuación como vencedor de la excepción y en doble carácter, la cual estima que es baja conforme a la normativa imperante en la ley 2150.

Formula reserva para ocurrir a los remedios extraordinarios.

Planteado del modo antes expuesto el recurso de apelación se advierte que el nudo central de la litis se encuentra en el valor jurídico de la posición asumida por la parte demandada de decir **“yo no soy inquilino, ya que ocupó el inmueble en carácter de dueño y no debo ningún alquiler, ya que es mío, y por lo tanto no exhibo ningún recibo”** (ver reconocimiento de firma de la documental de fs. 27 y 27 vta. de los señores Eduardo Roberto Montero y Aída Susana Mora).

Antes de avanzar en el estudio de la presente litis venida para resolver, resulta ineludible recordar que el principio de buena fe no es una aspiración de deseo de la doctrina de *lege ferenda*, sino que es un mandato normativo imperativo por lo cual su aplicación es posible, como bien queda demostrado en el contenido de los arts. 1198, 1071, etc. del Código Civil.

Es por ello que conductas de mala fe no son protegidas por el derecho y, menos aún, pueden ser convalidadas en una decisión judicial, aún cuando vengan bajo la apariencia de juridicidad. (ver Alferillo, Pascual E., “La “mala fe””, Revista Universitas, Universidad Javeriana Colombia, Edición N° 122 - 60 años - <http://www.javeriana.edu.co/revistas/Facultad/juridicas/universitas/edicion.php?Ed=33&Cn=4><http://www.javeriana.edu.co/revistas/Facultad/juridicas/universitas/edicion.php?Ed=33&Cn=4>)

Bajo este imperativo moral y legal, se debe tener en cuenta que ha quedado totalmente acreditado:

1. La vinculación contractual que tenían las partes en conflicto, con las depuraciones por falta de legitimación de algunos de los actores definida por la sentencia que en esa parte no ha sido cuestionada razón por la cual la misma ha quedado totalmente firme y consentida.

2. Que en el presente proceso no se reclama la totalidad del canon locativo que fue pactado en la suma de U\$D 4.000, sino la mitad. Este detalle implica que los actores conocían que no tenían derecho a percibir el total del canon porque sabían, ya al momento de iniciar la demanda de cobro de alquileres por los periodos enero/2007 a setiembre/2007, que había sido transferido una cuota parte del bien inmueble a los arrendatarios demandados, señores Eduardo Roberto Montero y Aída Susana Mora.

Es decir, se reconoce: a) que se ha producido una cesión del contrato de arrendamiento por sustitución de algunos de los arrendatarios; b) que se había producido una confusión de derechos como es el de ser, a la vez, acreedor y deudor de una parte alícuota del canon locativo, c) que el accionar de la parte actora, es de buena fe y no sobrepasa en momento alguno los límites de sus derechos.

3. Que el contrato de locación no ha sido dejado sin efecto por voluntad expresa común de las partes.

4. Que la parte demandada sostiene que ha dejado de ser arrendataria porque tiene la posesión del inmueble en calidad de propietario.

Sobre el tema, la demandada, en forma ambigua, hace referencia a que está en el inmueble en su carácter de dueño y no de arrendatario, lo cual es una media verdad, porque lo es en carácter de condómino, lo cual conforme al art. 2673 “es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble”. Es decir, es propietario de una parte indivisa, no de todo el bien inmueble.

5. Por ello, cuando se hace referencia a que habría producido la interversión del título por el cual habría dejado de ser inquilino (tenedor) a ser poseedor de todo el inmueble implica que le está desconociendo la calidad de titular del derecho real de condominio que tienen los actores y

como consecuencia de ello, en la posición de la demandada, se habría producido la confusión de su calidad de propietario y arrendador por lo cual habría dejado de ser inquilino.

Por cierto que los contratos, en este caso de locación por generar derechos personales, no se intervienen, sino que se extinguen por distintas causas, entre las causales, no se enumera la interversión.

En otras palabras, el demandado puede decir que desconoce que no quiere cumplir pero no puede decir que intervierte un contrato de locación, pues se debió acreditar cual es el título que le da derecho a ser propietario que es el carácter que invoca y no el carácter de poseedor sin ni buena fe (art. 4006 Código Civil). Los demandados no han acreditado título para ser considerados titulares del dominio exclusivo, del 100% del inmueble, solo tienen título que acredita que ellos son condóminos de una parte indivisa del mismo.

6. En este punto, además de las citas doctrinarias realizadas por el a quo relacionadas con el alcance del art. 2353 del Código Civil que nadie puede cambiar la causa de la posesión dada la inmutabilidad de la causa de la relación real, se debe tener presente que el art. 2680 expresamente dice que "ninguno de los condóminos puede sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. **La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto**".

Es decir, ningún condómino tiene el derecho de ejercer sin el consentimiento de los demás en forma exclusiva las facultades que le confiere el derecho real de dominio. Ese consentimiento, por cierto que los demandados no lo tienen, por lo cual su conducta contradice los parámetros de la buena fe y se transforma en abusiva. Queda en claro que con el ejercicio de la acción de cobro de cánones, per se, está indicando que los actores no han prestado conformidad a la pretensión de los demandados.

7. Por otra parte, se debe tener presente que cuando se celebró el contrato de arrendamiento, allí se plasmó la voluntad de los condóminos que era arrendar el bien. La circunstancia que haya llevado a que se le cediera a favor de los arrendatarios parte de la legitimación activa del contrato por haber pasado a ser titulares del derecho real

de condominio sobre el bien inmueble y con ello, los roles de acreedor y deudor, implica que son cesionarios de una voluntad expresada con anterioridad, de la cual son sus continuadores.

8. En función de lo expuesto, el hecho de que hayan negado su calidad de arrendatarios en fecha 20 de febrero de 2008, carece de relevancia, pues no ha especificado, y menos acreditado que sea el titular del dominio (el dueño como dice la parte demandada) de todo el inmueble arrendado. Se le reconoce, de buena fe y desde el inicio de la acción que es propietario de una parte alícuota por ser titular del derecho real de condominio, razón por la cual solo se reclama U\$D 2.000 y no el total del canon.

En función de las razones expuestas y hasta que no se declare formalmente extinguido el contrato por las partes y de mantenga la tenencia del bien inmueble por los accionados, corresponde que el arrendatario abone el canon de alquiler. Por ello se propone la recepción del recurso de apelación interpuesto por la actora haciéndose lugar al pago de todos los cánones reclamados. En cuanto, al modo de pesificar la deuda y su correspondiente repotenciación se recuerda que en los autos N° 19.026 "Fernández, Norma Isabel y otros c/ Ibáñez, Ángela Argentina – Ordinario", 11/abril/2008, L. de S. T° 2008, sostuvo que "*esta Sala I, aún mantiene criterios adoptados en otros precedentes donde fuera tratada la cuestión y se dijo:*

"La pregunta crucial que cabe hacerse en el sub iudice es si, habiendo las partes pactado originalmente la deuda en dólares estadounidenses, puede aceptarse el pago en pesos luego de la reforma monetaria y financiera de la ley 25.561 y normas complementarias.

"La solución del caso requiere alusión a las circunstancias generales excepcionales del país que fuerzan el nacimiento de nuevos ordenamientos normativos, indudablemente éstos interfieren en las relaciones jurídicas privadas, especialmente en los contratos que se encuentran en plena ejecución. Cambia el signo monetario como trágica culminación de la debacle económico-financiera que ya había comenzado a perfilarse durante el año 2001. La profunda crisis conduce y prepara otra nueva declaración de emergencia económica, obligando a la conducción política de la Nación a adoptar medidas urgentes ante la insólita y descomunal situación de desequilibrio. Los acontecimientos sociales pueden calificarse de

extrema gravedad y derivan en la amplitud de las atribuciones legislativas delegadas al Poder Ejecutivo nacional por la ley 25.414. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas, fueron pergeñándose una catarata de trascendentes cambios normativos que modifican y alteran las ecuaciones económicas de las relaciones jurídicas. El día 6 de Enero de 2002 el Congreso de la Nación sanciona un nuevo ordenamiento normativo, con el advenimiento de la ley 25.561, declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, en virtud de las atribuciones que le otorga el art. 76 de la Constitución Nacional y delega al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley.

“El artículo 11 de la referida ley, da una regla para las obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero, que dice: Las prestaciones dinerarias exigibles desde la fecha de promulgación de la presente ley, originadas en contratos celebrados entre particulares, sometidos a normas de derecho privado, pactados en dólares u otra moneda extranjera o en los que se hubiesen establecido cláusulas de ajuste en dólares u otra moneda extranjera, quedan sometidas a la siguiente regulación: 1) las prestaciones serán canceladas en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$) = UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1); en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resulte de los procedimientos que se establecen seguidamente; 2) las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º de la presente ley, durante un plazo no mayor a CIENTO OCHENTA (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existan entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados; 3) de no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias. En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas

en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido”.

“El Decreto nacional Nº 214/2002 (03/02/2002) dispone: Art. 1º - A partir de la fecha del presente Decreto quedan transformadas a PESOS todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen -judiciales o extrajudiciales- expresadas en DÓLARES ESTADOUNIDENSES, u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la ley Nº 25.561 y que no se encontrasen ya convertidas a PESOS.

Art. 8º - Las obligaciones exigibles de dar sumas de dinero, expresadas en DÓLARES ESTADOUNIDENSES u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiera, cualquiera sea su origen o naturaleza, se convertirán a razón de UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (US\$ 1) = UN PESO (\$) 1), aplicándose a ellas lo dispuesto en el Artículo 4º del presente Decreto. Si por aplicación de esta disposición, el valor resultante de la cosa, bien o prestación fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio...”

“Por el artículo 4º se establece que a estas deudas le será aplicado el “Coeficiente de Estabilización de Referencia”, que será publicado por el Banco Central de la República Argentina.” (Autos Nº 17.525 caratulados: “GIMÉNEZ, RICARDO A. C/ ROCA, JORGE CARLOS Y OTRO - PAGO POR CONSIGNACIÓN”, L. de S. Tº 87, Fº 108/115). La postura se mantuvo en otros fallos, vgr. en Autos Nº 18.302, caratulados: SINDICATURA EX BID COOP. LTDA. C/ GELUSINI, ROBERTO Y OTRA - COBRO DE PESOS - SUMARIO, L. de S., Tº 92, Fº 66/73, fecha: 20/10/2005).”

En función de ello, la suma que se manda abonar deberá ser repotenciada con la aplicación del CER (Coeficiente de Estabilización de Referencia) emitido por el Banco Central de la República Argentina.

En cuanto a las costas, las mismas deberán ser impuestas a la demandada.

Por ello,

SE RESUELVE:

I) Admitir el recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 211. En consecuencia se hace lugar al pago de todos los cánones locativos reclamados, repotenciando con la aplicación del CER (coeficiente de Estabilización de Referencia) emitido por el Banco Central de la República Argentina, la suma que se manda abonar.

II) Desestimar el recurso de apelación interpuesto

por la demandada.

III) Costas a cargo de la demandada vencida.

Se deja constancia que el presente fallo se expide con dos firmas en virtud de lo dispuesto por el art. 257 de la ley 8037.

Protocolícese, notifíquese en debida forma, y previa reposición del sellado de ley, si correspondiere, bajen los autos al Juzgado de origen.

Nota de Dirección:

Cobro de alquileres. Inhabilidad de título. Extinción del contrato por confusión. Principio de buena fe contractual. Pesificación. Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.).

Un interesante fallo de la Sala I que resuelve cuestiones complejas en un juicio ejecutivo con particularidades propias.

Aplaudimos el fallo en la parte que hace aplicación concreta del principio de buena fe contractual previsto en los arts. 1198 y 1071 del Código Civil. El principio de buena fe debe dejar de ser considerado una mera petición de principios, para erigirse en una herramienta útil para que los jueces puedan cumplir con su misión primordial: afianzar la justicia.

José Luis Miolano.

JURISPRUDENCIA N°4

AUTOS N° 21.205 (54977/1 - 1° CIVIL) "QUIROGA DE TASCHERET MARÍA GUADALUPE - SUCESORIO - INC. REG. DE HONORARIOS ADM. JUDICIAL FORTUNATO JOSÉ DEVOTO"

L. DE A. T° 182, F° 13/17

SAN JUAN, 7 de febrero del año dos mil doce.

VISTOS:

Para resolver en estos **autos n° 21.205 (54977/1 - 1° CIVIL) caratulados "QUIROGA DE TASCHERET MARÍA GUADALUPE - SUCESORIO - INC. REG. DE HONORARIOS ADM. JUDICIAL FORTUNATO JOSÉ DEVOTO"**, sobre el recurso de apelación que interpone el Sr. Fortunato José Devoto, mediante apoderada, contra la resolución de fecha 20-09-11 que dispuso "regular los honorarios profesionales a la Dra. MARIA INES PALOMBA DE GRAFFIGNA, por su actuación en la Incidencia de de regulación de honorarios, en la suma de pesos NOVECIENTOS QUINCE MIL (\$915.000) por la ac-

tuación en la presente incidencia".

La Juez consideró la base regulatoria (aprobada a fs. 73) de \$13.058.338; y que la regulación debía efectuarse de conformidad a las disposiciones de los Art. 189 , 215 y 216 de la ley 2150, meritando la labor, eficacia y resultado obtenido en la incidencia según surge de la sentencia dictada oportunamente.

Los agravios están expresados a fs. sub 96, y a través de ellos dijo el apelante que le afecta la decisión cuando regula los honorarios de la Drs. María Ines Palomba de Graffigna en \$ 915.000, tomando como base económica la suma del valor real - por opción de la profesional - de todos los bienes de la sucesión. La liquidación fue presentada en moneda extranjera, y representaba \$ 13.058.308.

Que en la regulación la juez no ha aplicado ni considerado la norma específica, pues no es nombrada en los considerandos, como es el art. 218 de la ley 2150 que fija pautas para la regulación de honorarios del administrador. Este prevé que se aplica la escala del art. 189 sobre el monto de los ingresos obtenidos durante la administración, con prescindencia del valor de los bienes. En consecuencia, dice, los honorarios son absolutamente improcedentes, porque de ninguna manera el valor de todos los bienes puede constituir el monto del incidente.

Por otra parte no puede pensarse que promovió el incidente sobre la totalidad de los bienes del acervo ya que lo que reclamó fue el reconocimiento de su derecho el cual, en cuanto a su base regulatoria, debería haberse sujetado indefectiblemente al art. 218 de la ley 2.150.

El propio convenio habla que la remuneración del administrador se fijaría por los ingresos a la sucesión de las ventas o adjudicaciones de sus bienes. Además, que resulta procesalmente imposible que se regulen los honorarios, aun de acuerdo a lo dispuesto por el art. 218 de la 2.150, en tanto no existe constancia de los ingresos que la sucesión ha tenido durante la administración de Fortunato Devoto, o hasta el presente. Esto fue advertido por la Cámara, en fallo del 18-11-10 y sin embargo la resolución hizo caso omiso.

Otro agravio es que la sentencia no haya considerado que la oposición que efectuada por la Dra. Palomba a fs. Sub 7 se refirió a la inexistencia del derecho del administrador a cobrar honorarios, razón por la cual la cuestión carece de contenido económico, ya que al debatirse la existencia de

un derecho, y no a su cuantía, es absolutamente improcedente que se regulen honorarios teniendo una suma determinada.

Pese a lo manifestado, la juez ha considerado lo contrario y ha tomado como base regulatoria el valor actual de todos los bienes que componen el acervo hereditario.

Agrega que la aprobación de la liquidación del valor actual de los bienes de la sucesión no obsta al planteo efectuado en tanto doctrina y jurisprudencia es unánime en considerar que la aprobación de la liquidación no causa estado si se hace "en cuanto hubiere lugar en derecho", como se resolviera en fecha 07-06-11.

Pide costas.

Estos agravios son contestados a fs. Sub 102 por la beneficiaria quien alega que en realidad esta incidencia tuvo como objeto el embargo de bienes de la sucesión.

Y CONSIDERANDO:

Corresponde resolver en el presente la impugnación que produce el Sr. Fortunato Devoto contra la resolución por la cual la juez a-quo reguló honorarios a la Dra. María Ines Palomba; objeción que, tal como se relatara, ronda en cuestionar la naturaleza del presente incidente, acusando que no tiene contenido económico; la imposibilidad de regulación por falta de rendición de cuentas; también la norma de aplicación, y con ello la base económica tenida en cuenta.

Por una cuestión de método nos ocupamos en primer lugar de aquella crítica que refiere a la imposibilidad de regular honorarios, aun aplicando el art. 218 de la ley 2.150, por la inexistencia de constancia final de los ingresos que la sucesión ha tenido durante la administración de Fortunato Devoto.

En esta objeción se equivoca la recurrente.

En primer lugar porque hay una resolución que define la pretensión contenida en el escrito de fs. sub 01, y los profesionales que han desplegado una tarea son merecedores de su remuneración y la pertinente cuantificación.

El hecho que se rechazara la demanda incidental, o que no se hayan rendido cuentas de la administración - invocada por el Sr. Devoto - no hace imposible la determinación de los honorarios sino que nos transporta al mecanismo fijado por doctrina y jurisprudencia, y que fuera adoptado en numerosos antecedentes de esta Sala, como es atenernos al contenido del reclamo que dió origen al litigio. Así lo dijimos en autos "Atuel Fi-

deicomisos s.a. c/ Vitivinícola Santa Rita s.r.l. - ejecución hipotecaria", fallo protocolizado en **L. de A. T° 181, F° 101/105, del 30-11-11**, "Tenemos que en juicio la demanda fue rechazada; y si bien la ley 2150 no prevé expresamente en este supuesto la base de cálculo de los honorarios, no quedan dudas que es el monto reclamado en la demanda." igual en autos N° 19.904 caratulados "Galicia Seguros S.A. c/ Provincia de San Juan - Daños y Perjuicios", registrado en L. de A. T° 166, F° 15/19, del 30-06-09.

Despejada tal observación avanzamos en las críticas y encontramos aquella consistente en que la incidencia generada no tiene contenido económico.

Partimos de antiguo concepto, siempre vigente, que define cuando una cuestión tiene contenido económico al decir que lo es cuando en forma directa e inmediata se demanda para incorporar, o evitar, que salga del patrimonio de la parte involucrada una suma de dinero.

Transportando este principio al caso de autos, decimos que la controversia que planteara el Sr. Devoto no solo persigue un pronunciamiento declarativo de su derecho a honorarios sino que además estaba destinada a la determinación de una suma de dinero representativa de los emolumentos pretendidos en calidad de administrador; y también procuraba la consecuente condena a su pago. Así resulta del escrito cabeza de estas actuaciones (fs. Sub 01) y del pedido de embargo legal que promueve el iniciador a fs. Sub 05 a través del que quiere asegurar su derecho por el " ... latente riesgo de que los honorarios de mi parte, resulten impagos ante el desprendimiento que hicieren los herederos ... ". Igual conclusión puede extraerse del escrito de fs. Sub 23 - 27 en donde firmemente defiende su derecho a percibir honorarios.

De tal suerte que la pretensión estuvo dirigida a la determinación de honorarios, al consecuente aseguramiento y la persecución de ellos. A su vez, la cautelar requerida (fs. sub 5, 10 y 29) y decretada a fs. sub 06, por si mismo aporta un elemento decisivo para considerar a la incidencia con contenido económico.

Ahora bien, las definiciones que preceden - como es reconocer que la cuestión debatida tiene contenido económico, y que la falta de cuentas no es obstáculo para la determinación de los respectivos emolumentos - nos coloca en la tarea de despejar cuál será la base para la determinación de

los honorarios.

Ello nos impone la tarea de decir cual es la norma legal que regirá la solución, y con ello la existencia y determinación de la base económica.

El tema fue motivo de agravio por la apelante, asistiéndole parcialmente razón: y es suficiente para que la resolución apelada sea declarada nula.

Se impone tal sanción en vista que la juez, en su resolución del 20-09-11, inicia considerando aprobada la base regulatoria de fs. 73 que consiste en el valor real de todos los bienes que componen el acervo hereditario. Con tal decisión se aparta de la prevista por la ley arancelaria que - tal como lo dice el recurrente - es la constituida por los ingresos habidos durante la administración. Con el aditamento que la norma específica, art. 218 de la ley 2.150, expresamente impone prescindir del valor de los bienes. Por esto mal puede la Juez tomar el valor de ellos.

En esta parte vamos a considerar que el hecho que el condenado en costas -Sr. Devoto- no haya objetado oportunamente la base que propusiera la letrada que asistió a parte constituida por los herederos declarados, no es obstáculo para el actual análisis en tanto esas cuentas son el soporte de una decisión que el juez no puede adoptar sino es ajustada a las normas legales de aplicación; ese es su deber conforme lo prescripto por el art. 33 del C.P.C., de fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes.

Por otro lado, al aprobar la liquidación lo hizo "...en cuanto hubiere lugar en derecho ...", de donde el acto de que se trate tiene condicionada su efectividad al encaje en la plenitud del sistema jurídico. Por lo cual, si no tiene ese ensamble con el conjunto normativo (derecho objetivo) e intereses de los particulares (derecho a un fallo congruente), la "aprobación", o el silencio de la parte, no tendrá el efecto del consentimiento, ni la contundencia que implica la cosa juzgada material e inmutable. Por tanto el decreto aprobatorio - así decretado - no tiene eficacia ni trascendencia cuando va a contrapelo de las normas legales.

Los considerandos precedentes van a imponer saber cuál es el contenido de demanda, y con ello obtener la base de regulación.

En el caso de autos la pretensión de la actora fijó el límite de la demanda y los puntos litigiosos, y con ello la importancia económica que para los involucrados tenía participar en juicio y despla-

gar la defensa.

En esa tarea consideramos que la letrada beneficiaria asistió a los herederos frente a la petición del Sr. Devoto, quien definió su reclamo en el monto de los honorarios que le hubieran correspondido en calidad de "administrador de la sucesión" según la pretensión contenida en el escrito de cabeza de este incidente (así se lee a fs. sub 01). Ese importe es representativo de la cuantía, y sobre él es que deben regularse los honorarios de los profesionales letrados.

De haber sido exitosa la demanda en su plenitud, por ese importe debería responder la sucesión a través de los herederos declarados. El interés defendido es el marco de la responsabilidad que asume el letrado en el ejercicio de su ministerio.

En ese orden resulta que la base propuesta y aprobada, si bien resultará útil, no ha sido apropiadamente usada por el juez a-quo, error que conlleva a la nulidad del acto regulatorio.

Es así porque no estuvo en juego el patrimonio relicto del causante; por ende los letrados no defendieron la integridad de éste. De prosperar la incidencia el Sr. Devoto no iba a consumir el haber sucesorio.

Entonces mal pueden calcularse honorarios a través de un porcentaje aplicado al total del monto de los bienes. No era ese el contenido de la demanda, ni la base contemplada por la ley.

El error impone la nulidad de la regulación, y la consecuente tarea de este Tribunal de Alzada de expedirse sobre la misma conforme lo previsto por el art. 264 bis del C.P.C.

Abordando dicha tarea podemos seguir nuestros precedentes en los que fijamos que, en supuestos como el presente "Necesariamente, la base reflejará lo reclamado que se hubiese atribuido de prosperar la demanda. Si la demanda es rechazada en su totalidad, el reclamo del capital e intereses fue inadmitido, la cuantía económica del juicio debe coincidir con el monto de la pretensión. Lo que implica que la liquidación a los fines de determinar la base del juicio debe estar dada por todos los rubros reclamados por el actor". Siendo que la retribución por servicios profesionales cumplidos en un expediente judicial con contenido económico debe estar en relación con la importancia que el juicio representa para las partes": autos N° 17.057 (N° 37.539 - 8° CIVIL) "Provincia de San Juan c/ Damata Andrés - Ejecutivo" L. de A. T° 123, F° 4/6, Fecha: 5/12/02.

En el caso especial, y a fin de determinar el monto defendido, es decir el que hubieran tenido que pagar los herederos en concepto de honorarios al Sr. Devoto, según su petición de demanda, observamos el escrito de fs. sub 01 y en el refiere el iniciador a la designación de administración y aceptación del cargo respectivo y el convenio suscripto por las partes en el que se pactó, en concepto de remuneración, un 3% del valor de los bienes que se vendieran o adjudicaran; y en él se fijan las tareas que se remuneran y consistían en "... realizar todos los trámites, diligencias y gestiones que la sucesión le encomiende tendiente a la conservación recuperación y venta de todos los inmuebles que componen el haber sucesorio...". Si bien el convenio no fue motivo de consideración, por referir a una tarea extrajudicial (según se resolviera a fs. sub 67) vale para considerar la extensión de la tarea por haber sido propuesto y traído por el mismo incidentista y apelante.

Entonces, los honorarios que se le regularían, de haber prosperado su demanda, estaría constituido por un porcentaje sobre el valor de todos los bienes que se enajenarían - por venta o adjudicación.

Este valor aparece en autos, y está reflejado en la liquidación de fs. sub 73 y asciende a \$13.058.338.- El porcentaje aplicable es el contemplado por el art. 189 de la ley 2.150, al que remite el art. 218 ibid.

Aplicando un 15% sobre aquel monto, da como resultado la suma de \$1.959,750,00, que es el importe que hubiera correspondido al Sr. Devoto de prosperar su demanda, y que es la suma que la abogada Dra. Palomba de Graffigna evitó que pagaran sus defendidos.

Partiendo de ese monto, como cuantía económica del asunto, y tratándose el presente de un incidente, con contenido económico, la regulación se ajustará a lo previsto por el art. 216 y 215 de la ley arancelaria, y arroja la cuenta final de \$39.175, que son los que le corresponden a la Dra. María Inés Palomba por su actuación en esta incidencia, en doble carácter.

También solicita la nombrada se regulen los honorarios que le corresponden por su actuación en esta segunda instancia por el recurso que interpusiera la iniciadora y que respondiera a fs. sub 46, con resultado favorable según sentencia de fs. sub 64-68, en la suma de \$11.752.-

En mérito de ello,

SE RESUELVE:

Hacer lugar al recurso de apelación. Declarar nula la regulación de honorarios dispuesta en resolución del 20-09-11. En su lugar regular los honorarios de la Dra. María Inés Palomba, por su actuación en doble carácter, en el presente incidente de regulación promovido por el Sr. Fortunato Devoto, en la suma de pesos Treinta y nueve mil ciento setenta y cinco (\$39.175).

Regular los honorarios de segunda instancia por su actuación en el recurso de apelación que fuera resuelto en fecha 18-11-10, en la suma de pesos Once mil setecientos cincuenta y dos (\$11.752).

Se deja constancia que el presente fallo se expide con dos firmas en virtud de lo dispuesto por el art. 257 de la ley 8037.

Protocolícese, notifíquese en debida forma, y previa reposición del sellado de ley, si correspondiere, bajen los autos al Juzgado de origen.

Nota de Dirección:

Regulación de honorarios. Proceso Sucesorio. Incidente. Base regulatoria.

Otro interesante fallo de la Sala I donde se declara la nulidad de una regulación practicada en Primera Instancia.

Interesa el razonamiento de los magistrados intervinientes en lo atinente al modo de considerar la base regulatoria cuando se encuentran en juego normas relativas a la administración de los bienes de la sucesión y a una actuación por vía de incidente, meritando el alcance de los arts. 215, 216 y 216 de la Ley 2150.

José Luis Miolan

JURISPRUDENCIA N°5

Autos N° 21.210 (30.421/09 - 2° MENORES) "GONZÁLEZ MARIELA FABIANA C/ BUSTOS DARÍO ARTURO - ALIMENTOS PROVISORIOS -TENENCIA -RÉG. VISITAS -VIOLENCIA FAMILIAR"

L. DE A. T° 182, F° 26/27

SAN JUAN, 7 de Febrero del año dos mil doce.

VISTOS:

Para resolver en estos **Autos N° 21.210 (30.421/09 - 2° MENORES) caratulados "GONZÁLEZ MARIELA FABIANA C/ BUSTOS DARÍO ARTURO - ALIMENTOS PROVISORIOS -TENENCIA -RÉG. VISITAS -VIOLENCIA FAMILIAR"**, el

recurso de apelación y nulidad interpuesto a fs. 25, contra la sentencia de fs. 23 y vta..

Y CONSIDERANDO:

1° La Sra. Juez a quo, en la resolución dictada el 22 de junio del año 2.011 (fs. 23 y vta.), reguló los honorarios profesionales de la Dra. Sonia Carratú, por su actuación en este proceso de alimentos, tenencia y régimen de visitas, como patrocinante de la actora en la suma de \$400.

2° Contra esta resolución se alza la Dra. Sonia Carratú, patrocinante de la actora, quien cuestiona los emolumentos fijados por bajos; el recurso fue concedido conforme lo dispone el art. 228 de la ley 2150.

La apelante expresa, que los honorarios regulados resultan bajos, toda vez que se ha declarado nulo el convenio de honorarios celebrado con la actora. Explica que, en la sentencia que impugna se ha considerado que la renuncia al mandato conferido, ha sido sin causa justificada, lo que es erróneo toda vez que, la esta, estuvo motivada en el desinterés demostrado por la actora en la prosecución de la causa. Señala que así lo expresó en la presentación efectuada, y que esta circunstancia está demostrada además, porque hasta hoy, la causa no ha continuado. Por esta razón, sigue diciendo, el convenio celebrado oportunamente con la actora es totalmente válido.

3° Este Tribunal reiteradamente ha sostenido que tiene innegables facultades para examinar todo lo atinente al recurso y su fundamentación para apreciar su procedencia. Al respecto dice Fassi que **"es una facultad de la Cámara, aún de oficio, que se ejercita con prioridad al tratamiento de las cuestiones de fondo. Al efecto, le incumbe examinar de oficio si el apelante tiene calidad de parte, si tiene interés en la interposición del recurso, si éste ha sido deducido en tiempo hábil y si ha sido otorgado, pues las reglas que gobiernan la materia son de orden público. Como el tribunal está habilitado para examinar de oficio la forma de concesión del recurso, debe estarlo también para considerar si se han presentado en término los memoriales** (Cód. Proc. C. y C. anotado y concordado, T° I, pág. 423; L. de A. T° 29, F° 30; L. de A. T° 30, pág. 38). En igual sentido Rivas (Derecho Procesal-Tratado de los recursos Ordinarios, Ed. Abaco, 1991) se pronuncia diciendo que **"...el tribunal es el habilitado para formular juicio de admisibilidad definitivo..."** (T° I, pág. 399) **"...no obstante la facultad conferida al a quo para juzgar acer-**

ca de la viabilidad del recurso de apelación en cuanto a la legitimación, legalidad del intento, - con relación a las resoluciones apelables o no - plazo y forma de la interposición del recurso, estando dirigido al tribunal de alzada, es éste el que decide en definitiva si es o no admisible. Sus poderes le permiten, incluso corregir el criterio con el que el Tribunal inferior dio o no curso al medio de impugnación correspondiente..." (T° 2, pág. 461). En idéntico sentidos fallos precedentes de esta sala, Autos n° 14.403-13.233 "Galería Profesional B. Caputo c/Belbruno, Juan - Ejecutivo", L. de A. T° 93, F° 113/114, Fecha 07/10/96); Autos N° 14.292 "Cardozo, Juan Carlos c/Luna, Alfredo Heriberto y otra - Cumplimiento de Contrato-Sumario" L. de S. T° 69, F° 119/120 - Fecha: 11/10/96. *Idem* Autos N° 14.635 (Sala I)-16.138 (9° Civil) "Gouric, Julio Alberto c/ Fernández, Modesto - Sumario" L. de A. T° 94, F° 159/160 - Fecha: 11/04/97 *idem* Autos N° 14.914 Caratulos "Muñoz Armando Rogelio c/ Riveros, Juan Carlos - Daños y Perjuicios - Sumario - L. de A. T° 96, F° 154; Autos N° 14.434-6.799 "San Francisco S.R.L. c/ García Ridao de Pérez González y otros - Cobro de Australes - Ordinario - I y II cpo." L. de A. T° 93, F° 168/170 - Fecha: 31/10/96.

El art. 252 del Código de Procedimientos Civil dispone que este Tribunal de Alzada podrá corregir también la forma de concesión del recurso de oficio o a petición de parte.

Ahora bien, el recurso de apelación previsto por el art. 228 de la Ley 2.150 (art. 800 inc. 11 del C.P.C.), refiere a "todas las apelaciones de honorarios deducidas separadamente de la cuestión principal, aunque en ella se cuestione la base regulatoria o la calificación de las tareas de los beneficiarios...".

En el presente caso la Dra. Carratú, no solamente cuestiona el monto de los honorarios fijados, sino que ha planteado también nulidad de la regulación; se trata entonces de un recurso de apelación común, no procediendo su concesión conforme al artículo pretéritamente citado ya que excede su marco legal.

En consecuencia, es necesario sea sustanciado con la obligada al pago, por lo que corresponde de conformidad al art. 252 del C.P.C., se modifique la concesión de la apelación conforme los arts. 249, 250 y 251 *ibid*, con el objeto de garantizar el derecho de defensa.

Por ello,

SE RESUELVE:

ÍNDICE

I) Modificar la forma en que se ha concedido el recurso interpuesto a fs. 25, el que se concede con efecto suspensivo. En consecuencia, córrase traslado del memorial a la obligada al pago por el término de ley art.253/254 del C.P.C.. Notificar personalmente o por cédula.

II) Previo a todo, remítanse a la Mesa Receptora para su registración y compensación.

Se deja constancia que el presente fallo se expide con dos firmas en virtud de lo dispuesto por el art. 257 de la ley 8037.

Protocolícese, notifíquese en debida forma.

Nota de Dirección:

Juicio por alimentos. Regulación de honorarios. Apelación. Forma de concesión del recurso. Artículo 228 de la ley 2150.

La Sala I reitera en el presente fallo un antiguo criterio de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería: el trámite del recurso de apelación previsto en el art. 228 de la Ley N° 2150 no resulta aplicable cuando se plantea la nulidad de la regulación. En este último supuesto, el recurso debe concederse conforme lo dispuesto por los arts. 249, 250 y 251 del C.P.C., con traslado al obligado al pago a fin de garantizar el derecho de defensa.

José Luis Miolano

DOCTRINAS

- Introducción – Dr. José Luis Miolano
- Principio de saneamiento e intermediación. Audiencia inicial – Dr. Jaime A. Velert F.
- La autonomía municipal en la Constitución de San Juan – Dr. Waldino Acosta (h)
- La Protección de los Datos Personales – Un Nuevo Desafío Jurídico de Nuestros Tiempo – Dr. Maximiliano Germán Videla
- Régimen Penal Tributario- Modificación Actual a la Ley 24.769 – Ley 26.753 – Aplicación de la Ley Penal más benigna – Dra. Ana Paula Carena

JURISPRUDENCIAS

- Introducción – Dr. José Luis Miolano
- Autos N° 21.169 (118079/CA - Cont. Adminis.) "Ruiz Juan Víctor c/ Municipalidad de Santa Lucía - Ordinario"
- Autos N° 21.186 (119.573 - 7° Civil) "Todo Goma S.R.L. C/ Transportes y Servicios S.R.L. - Prepara Vía Ejecutiva"
- Autos N° 21.194 (100177 - 11° Civil) "Moreno Francisco Severiano y Otros C/ Montero Eduardo Roberto y Otros - Ejecutivo"
- Autos n° 21.205 (54977/1 - 1° Civil) "Quiroga de Tascheret María Guadalupe - Sucesorio - Inc. Reg. de Honorarios Adm. Judicial Fortunato José Devoto"
- Autos N° 21.210 (30.421/09 - 2° Menores) "González Mariela Fabiana c/ Bustos Darío Arturo - Alimentos Provisorios -Tenencia -Rég. Visitas -Violencia Familiar"