

PERSPECTIVAS

Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas

Nº 1 - Año 2020

01

NETFLIX Y SPOTIFY: NUEVOS DESAFÍOS PARA LOS CONTRATOS VINCULADOS A LOS DERECHOS INTELECTUALES

Mauro LETURIA / Adrián GOCHICOA / Victoria MONGELOS

02

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. ESTUDIO DE CASO A PARTIR DEL AEROPUERTO EL PALOMAR

Alejandro GARCÍA

03

DESARROLLO JUDICIAL DE UN CASO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Liliana RAPALLINI

04

DE LA TRILOGÍA INFORMACIÓN, MEDIO AMBIENTE Y JUSTICIA

Claudia PORTILLO / Néstor VERTUA

05

CONTRATO DE LOCACIÓN: EL CANON EN LA NUEVA LEY DE ALQUILERES (LEY 27.551)

Nicolás NEGRI

06

DIRECTIVAS ANTICIPADAS (CAPACIDAD, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN)

Luis VALENTE

07

NOTIFICACIÓN POR MENSAJERÍAS INSTANTÁNEAS VS. NOTIFICACIÓN POR CÉDULA (¿Entraron al expediente judicial para quedarse o solo para atender los tiempos de pandemia?)

María Eugenia SINISCALCHI / José Luis BOMBELLI

08

EL PARADIGMA DE LAS NUEVAS SUSTANCIAS PSICOACTIVAS

Laura COCCO / Leonel ORTEGA / Gastón PEZZUCHI / Luis RAINOLDI / María Emilia ROVIRA / Antonella BIANCHI

ISSN 2684-0383

PERSPECTIVAS

Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas

Año I, N.º 1 | Julio 2020



PERSPECTIVAS

Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas

INDICE

Presentación	5
ARTÍCULOS	
Netflix y Spotify: nuevos desafíos para los contratos vinculados a los derechos intelectuales	9
Mauro Fernando LETURIA / Adrián Emir GOCHICOA / Victoria Antonella MONGELOS	
Procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Estudio de caso a partir del Aeropuerto El Palomar	19
Alejandro Julio GARCÍA	
Desarrollo judicial de un caso de derecho internacional privado	33
Liliana Etel RAPALLINI	
De la trilogía información, medio ambiente y justicia	45
Claudia PORTILLO / Néstor Raúl VERTUA	
Contrato de locación: el canon en la nueva Ley de Alquileres (Ley 27.551)	65
Nicolás Jorge NEGRI	
Directivas anticipadas (capacidad, competencia y legitimación)	77
Luis Alberto VALENTE	
Notificación por mensajerías instantáneas vs. notificación por cédula (¿Entraron al expediente judicial para quedarse o solo para atender los tiempos de pandemia?)	93
María Eugenia Mercedes SINISCALCHI / José Luis BOMBELLI	
INICIACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN	
El paradigma de las nuevas sustancias psicoactivas	119
Laura Alejandra COCCO / Leonel Maximiliano ORTEGA / Gastón PEZZUCHI / Luis Fernando RAINOLDI / María Emilia ROVIRA / Antonella Giuliana BIANCHI	

Autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Decano: Dr. Miguel Gonzáles Andía

Vicedecana: Prof. Rita Marcela Gajate

Secretario Académico: Dr. Pablo Ángel Dimarco

Coordinador de Investigación: Prof. Ricardo Sebastián Piana

Coordinadora de Extensión: Dra. Magalí Herrera

Director de la carrera de Lic. en Seguridad: Prof. Álvaro Garganta

Directora de la carrera de Lic. en Criminalística: Prof. Laura Alejandra Cocco

Directora de la carrera de Lic. en Ciencia Política y Relaciones Internacionales: Mgtr. Lic. Victoria Zapata

Director de la carrera de Martillero y Corredor de Comercio: Prof. Sergio Jalil

Secretaria Administrativa: Marta Breda

Consejo Académico

Prof. Claudio Castagnet

Prof. Roberto Crespi Drago

Prof. Rubén Campagnucci

Prof. José María Marchioni

Prof. Francisco José Terrier

Prof. Fernando Brugaletta

Prof. Héctor Benito Mendoza Peña

Prof. Laura Alejandra Cocco

Director Responsable y Editor

Prof. Rita Marcela Gajate

Secretario de Redacción

Prof. Ricardo Sebastián Piana

Comité Editorial

Prof. Guillermo Únzaga Domínguez (UCALP)

Prof. Claudio Castagnet (UCALP)

Prof. Miguel Gonzáles Andía (UCALP)

Prof. Ricardo Boucherie (UCALP)

Prof. Ursula Basset (UCA)

Prof. Homero Piccone (UNLP/UDE)

Prof. Eliana González (UCA Sede Rosario)

Prof. Carlos De Cores (Universidad Católica del Uruguay)

Prof. Ignacio Bartesaghi (Universidad Católica del Uruguay)

Consejo de Redacción

Prof. María Victoria Zapata

Prof. Sergio Jalil

Prof. Laura Cocco

Administración:

Revista *PERSPECTIVAS*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Católica de La Plata,

Calle 57 N° 936, 1900 La Plata.

Tel. (0221) 4393100

Las opiniones expresadas en los artículos, estudios, comentarios y reseñas bibliográficas publicados en *Perspectivas* son de exclusiva responsabilidad de sus respectivos autores.

Diseño y corrección: **Editorial Ucalp**

© Universidad Católica de La Plata,

Dg. 73 N° 2137, 1900, La Plata, Argentina

editorial@ucalp.edu.ar

I.S.S.N.: 2684-0383

Presentación

Nuestro mundo actual atraviesa circunstancias extraordinarias. La pandemia nos interpela como individuos, como sociedad, como comunidad universitaria. Nos exige replantearnos inclusive nuestro modo de vida, tan apegado muchas veces a lo material, lo superficial, lo efímero. Sin embargo, es una gran oportunidad para profundizar valores como la solidaridad, la revalorización del otro, el amor al prójimo, en definitiva.

La actividad universitaria en nuestra Casa no se ha detenido. Nos hemos enriquecido intelectualmente con nuevas herramientas tecnológicas que han sido el vehículo apto e imprescindible en una nueva modalidad de interacción como comunidad educativa.

En este contexto, este número de nuestra revista intenta aportar, como siempre, nuevas colaboraciones de nivel y jerarquía a distintas ramas del saber que se desarrollan y cultivan en nuestra Facultad, en la inteligencia de incentivar el descubrimiento, la reflexión, el debate en temas de indudable vigencia e interés.

En suma, se reafirma nuestro rol como Universidad Católica, conforme la letra y espíritu trasuntados en *Ex corde Ecclesiae* y en *Veritatis gaudium*; como protagonistas principales de nuestra sociedad y de nuestro tiempo. Como artífices que procuran promover y esclarecer ese maravilloso diálogo fecundo entre Ciencia, Razón y Fe.

Dr. Miguel Gonzáles Andía
Decano
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
UCALP

He aquí el número 1 de la revista *Perspectivas* de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad Católica de La Plata. Con su aparición, comienza a asegurarse la periodicidad de esta nueva publicación nacida en diciembre de 2019.

Este esfuerzo se corona en tiempos de pandemia y cuarentena, en los que nuestra Facultad ha trabajado arduamente para virtualizar todos sus servicios educativos. Lo realizado en estos singulares momentos contó con la motivación de comprender que acortar distancias, sostener la comunicación, mejorar los instrumentos y sumar creatividad al desafío son tareas imprescindibles.

Es hora de agradecer a todos los que no se detuvieron: nuestros profesores, nuestro personal administrativo y de gestión, que redoblaron las horas de trabajo y lograron mantener las clases de grado y postgrado, la actividad académica, de extensión e investigación y hoy la aparición de nuestra revista.

Que la publicación de los presentes trabajos, con resultados parciales de las investigaciones en curso, nutra a nuestra comunidad académica. Las contribuciones contenidas en este número recorren desde el derecho privado hasta el derecho público; incluyen cuestiones del derecho procesal de familia e incursionan en los derechos intelectuales, el ambiente, la tecnología y las sustancias psicoactivas. La variedad temática resulta auspiciosa y promete continuarse en próximos números.

Esperamos que este pequeño aporte que se efectúa desde nuestro espacio, realizado con solidaridad y caridad, sume para generar —como ha dicho el Papa Francisco en su texto «Un plan para resucitar»— los anticuerpos necesarios que forjen una civilización de esperanza frente a la angustia, el miedo, la tristeza, el desaliento, la pasividad y el cansancio.

Prof.^a Rita M. Gajate
Directora y Editora
Vicedecana

NETFLIX Y SPOTIFY: NUEVOS DESAFÍOS PARA LOS CONTRATOS VINCULADOS A LOS DERECHOS INTELECTUALES

Prof. Mauro Fernando Leturia

Procurador, abogado y escribano; especialista en Docencia Universitaria; profesor titular de cátedra de la materia Prácticas Profesionales II y de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UCALP); profesor de Derecho Civil III, de Introducción al Pensamiento Científico y de Derecho Marítimo y Aeronáutico en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); profesor de Derecho Penal I Parte General y Derecho Marítimo y Aeronáutico de la Facultad de Derecho (UDE). Correo electrónico: mflighturia@hotmail.com

Abg. Adrián Emir Gochicoa

Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Ayudante ad honorem de Derecho Civil III, Cátedra 2 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Estudiante avanzado de Especialización en Derechos Sociales, UNLP. Correo electrónico: adrian_gochicoa@hotmail.com

Victoria Antonella Mongelos

Resumen

La enseñanza de las nuevas figuras contractuales —en concreto, los modelos de negocios de Netflix y de Spotify— nos supone importantes desafíos, en especial, en el campo contractual.

El siglo XXI se nos presenta un mundo globalizado en el cual los fenómenos jurídicos, especialmente los contratos, son caracterizados por la internacionalidad, la diversidad de fuentes y una fuerte tendencia hacia la aplicación de normas de tradición anglosajona. Ello nos conduce a la necesidad de realizar un estudio profundizado de nuevos paradigmas que deben ser enfrentados por los docentes universitarios y por los profesionales del derecho.

Es por ello por lo que, teniendo en cuenta la situación planteada, es menester una apertura hacia la comprensión integral de los derechos intelectuales en forma transversal, ya que la aparición de estos numerosos desafíos constituye la razón trascendental que justifica el estudio profundizado de aquellos.

Palabras clave: Enseñanza, Netflix, Spotify, Proveedor de Servicios, Comercio Electrónico, Régimen de Defensa de Consumo.

Abstract

The teaching of the new legal figures —in particular Netflix and Spotify business models— entails substantial challenges to us, mainly within the contractual field.

In the 21st century a globalised world presents us with legal phenomena, especially contracts that are characterized by internationality, plurality of legal sources and the strong tendency to enforce traditional common law rules. This has led to an in-depth study of new paradigms which must be faced by professors.

For this reason and regarding to the rights involved, an opening towards an integrated understanding of law in a transversal way is needed where an in-depth study is significantly justified by the emergence of these numerous challenges.

Keywords: Teaching, Netflix, Spotify, Services Provider, E-Commerce, Legal Regime of Consumer Protection.

Sumario: 1. Introducción. 2. Acerca de los casos Netflix y Spotify como proveedores de contenidos y servicios de Internet. 3. Acerca de los casos Netflix y Spotify como proveedores dentro del régimen de defensa de consumo. 4. Reflexiones finales. 5. Referencias

1. Introducción

La presente ponencia constituye parte de los análisis que venimos realizando en el proyecto de investigación aprobado por la UCALP titulado «Los derechos intelectuales en las nuevas figuras contractuales».

En lo particular, busca visibilizar los desafíos que las nuevas figuras contractuales —en concreto, los modelos de negocios de Netflix y de Spotify— nos presentan en la enseñanza del Derecho Privado y en especial en el campo contractual. Como profesores de derecho de los contratos, observamos cotidianamente, tanto en los programas de la materia como en la bibliografía clásica, que los temas son presentados preponderantemente en función de su origen histórico romano y abordados con una profunda influencia francesa posrevolucionaria, principalmente siguiendo los principios del derecho privado plasmados en el Código Civil Francés.

La enseñanza de estos derechos en el siglo XXI, en un mundo globalizado en el cual los fenómenos jurídicos, como los contratos, aparecen teniendo como principales características la internacionalidad, la diversidad de fuentes históricas y la tendencia hacia la aplicación de reglas jurídicas de tradición anglosajona, implica la manifestación de numerosos desafíos que justifican su estudio profundizado en cuanto a los derechos involucrados.

El proyecto de investigación mencionado analiza, principalmente, las relaciones contractuales existentes en torno a los modelos utilizados por las empresas Netflix y Spotify, referidas, por un lado, a los derechos intelectuales correspondientes a los actores y autores de las obras que forman parte de los contenidos digitales que ponen a disposición dichas empresas y, por otro, a la relación de estas frente a sus usuarios o suscriptores.

La idea central de la presente ponencia es poner en relieve la necesidad de visibilizar las problemáticas que se plantean al estudiar y exponer los fenómenos contractuales como un todo integral que responde a diferentes fuentes. La limitación que implica la visión parcial correspondiente a una sola materia o asignatura no solo afecta el estudio de la materia en sí, sino la comprensión de que, en la actualidad, los fenómenos sociales son cada vez más complejos, sobre todo cuando se utiliza Internet como medio.

Para sortear esta parcialidad que implica el limitar la enseñanza de los contratos como fenómeno ahistórico y aislado de otras ramas del derecho, entendemos que debemos apoyarnos en la investigación académica y en la enseñanza de los fenómenos que suceden en la sociedad, pero cuya comprensión resulta necesaria tanto para el aprendizaje como para el ejercicio de la docencia y el ejercicio profesional.

Sabemos que la mirada parcial que implica el estudio y exposición de nuestro derecho vigente, al dividirse su contenido en materias dentro los planes de estudios, debe completarse con una mirada integral de los fenómenos modernos por estudiar para la obtención de un conocimiento actualizado del derecho, acorde con las necesidades que imponen las nuevas tecnologías.

En el ejercicio de la profesión, rara vez se nos presenta un «caso» que se pueda encuadrar en una sola norma jurídica o abarque una sola rama del derecho. Todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar el derecho lo hacemos sobre una realidad diferente a aquella que regía cuando fuimos formados académicamente y que no involucra una sola problemática jurídica, sino que pone en juegos diferentes intereses, normas y estructuras contempladas por diversas ramas del derecho.

La utilización del desarrollo o resultado de investigaciones como la señalada en el dictado del curso correspondiente a la asignatura de Civil 3 o Privado III, conocida como «contratos», permite, a través de estos casos, el estudio y análisis de fenómenos novedosos como Netflix y Spotify, que requieren una mirada integral, enfoque necesario para una adecuada formación profesional conforme a la realidad compleja y en constante movimiento.

2. Acerca de los casos Netflix y Spotify como proveedores de contenidos y servicios de Internet

Salteando la discusión sobre la sociedad en donde vivimos y cómo Internet impactó en ella, tanto en nuestras vida como en nuestro derecho, y prescindiendo de la discusión

si pronto este fenómeno implicará o necesitará una materia o asignatura propia, el primer análisis y exposición de la investigación en curso se refiere al encuadre de estas plataformas digitales como tales. En este momento histórico, existe una gran variedad de productos y servicios que son comercializados, distribuidos y consumidos directa o indirectamente a través de Internet. Algunos de esos productos o servicios constituyen «contenidos digitales».

Dentro del complejo sistema que constituye Internet como una «red de redes», pueden distinguirse los proveedores de contenidos de Internet de los proveedores de servicios de Internet, tal como lo hace la doctrina en general y el último proyecto de ley existente sobre la materia. Los primeros se refieren a los que realizan, producen, cargan de un contenido digital en Internet o disponen de él; mientras que los segundos son los intermediarios que existen entre el que realiza, produce o dispone de un contenido digital y los que adquieran, descarguen o utilicen esos contenidos, siendo estos últimos los usuarios

Los proveedores de servicios de Internet, a su vez, siguiendo el proyecto de ley de los senadores Fellner-Pinedo¹ y cierta doctrina, pueden distinguirse entre aquellos que permiten el acceso del usuario a Internet (proveedor de acceso a Internet); los que permiten el almacenamiento o la publicación directa del contenido, ya sea en forma temporal o bien en forma permanente (proveedor de alojamiento); aquellos que intermedian mediante una plataforma en la realización de operaciones o transacciones comerciales de terceros (proveedores de servicios de comercio electrónico), y aquellos que brindan el servicio de enlazar y buscar contenidos alojados en otros proveedores de alojamientos (proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos) (Sylvester, 2018; Lipszyc, 2005). Por su parte, debe aclararse que, en los contenidos digitales, se encuentran muchas obras intelectuales sujetas al régimen de derechos de autor y derechos conexos, y ese es parte del objeto de análisis.

Dentro de este esquema puede entonces identificarse 4 roles: Por un lado, los titulares de derechos morales y/o económicos sobre obras intelectuales, los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios de Internet, y los usuarios de esos servicios. Ahora puede suceder que una sola persona ocupe dos o más roles como proveedor de servicio de Internet que presta la mayoría o todos los servicios señalados, proveedores de contenidos que sean a su vez titulares de los derechos sobre las obras, o usuarios que sean titulares de los derechos sobre las obras.

El enfoque integral que se plantea supone la descomposición del fenómeno estudiado para su correcta y total comprensión, lo cual permite ver cómo diferentes ramas del derecho se integran, siguiendo como hilo conductor en este caso las relaciones contractuales. Ello posibilita identificar, en una actividad que puede ser diaria como el uso de Netflix o Spotify, la celebración de distintos contratos, y que su regulación no se encuentra en una sola norma o legislación.

¹ Dictamen en los proyectos de ley de la senadora Fellner y el senador Pinedo por el que se regula a los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos alojados en Internet. (S-1865/15 y S-942/16).

En lo que nos interesa, un proveedor de contenidos puede almacenar obras protegidas por derechos de autor y derechos conexos en un proveedor de servicio de Internet de alojamiento, ya sea físicamente en los dispositivos de este o en caché, como también puede alojarlos en sus propios dispositivos o página web, siendo en este caso, además de proveedor de contenidos, proveedor de servicios de Internet. Una vez alojado, almacenado o cargado, el contenido digital, la obra protegida, se encuentra a disposición de los usuarios.

En el caso de Netflix, actúa como proveedor de contenidos y como proveedor de servicio de Internet principalmente de alojamiento, y, en caso de sus producciones u obras originales, resulta ser titular de derechos sobre ellas, sin perjuicio de los derechos de terceros. En el caso de Spotify, actúa como proveedor de servicio de Internet de alojamiento y como proveedor de contenidos al cargar o disponer con autorización de los titulares de derechos. En este enfoque, para completarlo debe señalarse que, en ambos casos, como proveedores de servicios de Internet de alojamiento de contenidos, se constituyen en plataformas de *streaming*, poniendo a disposición de los usuarios los contenidos digitales en forma real. Debe aclararse que, mientras el sistema de alojamiento de contenidos digitales clásico supone el *download* para su consumo o utilización, o sea la previa descarga y almacenamiento del contenido por el usuario para consumirlo, el *streaming* permite el consumo o utilización del contenido en forma real y coetánea a su utilización sin descarga alguna del contenido a los dispositivos del usuario.

3. Acerca de los casos Netflix y Spotify como proveedores dentro del régimen de defensa de consumo

Como se indicó, pueden identificarse 4 roles: los titulares de derechos morales o económicos sobre obras intelectuales, los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios de Internet y los usuarios de esos servicios. En este segundo punto de análisis, se puede hacer foco en estas plataformas desde el «comercio electrónico» (o *e-business* o *e-commerce*).

Como se señaló, entre los proveedores de servicio de Internet se encuentran los proveedores de servicios de comercio electrónico, entendiéndose este último como toda forma de transacción u operación comercial a través de Internet.

Existen cuatro modelos de comercio electrónico: entre empresas (*business to business B2B*), entre empresas y consumidores (*business to consumers B2C*), entre consumidores (*consumers to consumers C2C*) y entre empresas y administraciones públicas (*government to business G2B*) (CASTIGLIONI y MOFFAT 2018).

Ahora bien, dentro de este esquema podemos ubicar a Netflix o Spotify como un modelo entre empresas y consumidores (*business to consumers B2C*); mientras que los usuarios, en cuanto suscriptores de estas plataformas, consumen los contenidos digitales puestos a disposición mediante el servicio de *streaming*. Conforme lo establecido por la

Ley 24.240 y el C. C. y C., en cuyas disposiciones se definen la relación de consumo, el consumidor y el proveedor, puede encuadrarse esta vinculación como una relación de consumo (art. 3 de la Ley 24.240 y 1092 del C. C. y C) y, consiguientemente, a Netflix y Spotify como proveedores (art. 2 de la Ley 24.240), en tanto refiere a personas jurídicas de naturaleza privada que desarrollan de manera profesional actividades de producción, creación, distribución y comercialización de servicios (la creación o puesta a disposición de contenidos digitales propios o de terceros mediante *streaming*) *destinados a consumidores o usuarios*. Por su parte los suscriptores de estas plataformas resultan ser usuarios de acuerdo al art. 1 de la Ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.

Este tipo de intermediación comercial de contratación virtual, relacionada con la idea de hacer llegar o poner a disposición un servicio o un conjunto de obras audiovisuales o musicales a otro sujeto que se encuentra necesariamente en otro sitio que el proveedor y de manera estandarizada o en forma de un catálogo, nos lleva a comprenderlo en el marco de la legislación del Código Civil y Comercial y de nuestra Ley de Defensa del Consumidor.

En lo concerniente al C.C. y C., puede enmarcarse dentro de los contratos celebrados a distancia por medios electrónicos, y también realizados mediante la adhesión a todos los términos y condiciones fijadas por los proveedores. Esto se ve reflejado en lo prescripto en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1105, el cual dispone que

... los contratos celebrados a distancia entre un proveedor y un consumidor son efectuados a través de medios de comunicación a distancia, es decir, sin la presencia física simultánea de las partes; dichos medios pueden ser postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa ...

En lo que respecta a la modalidad mediante la voluntad manifiesta, constituyen contratos llamados «por adhesión», regulados a partir de lo dispuesto en el artículo 984 del C.C. y C. Allí se afirma que este tipo de contrato es «aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción...».

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a este tipo de contratación en varios de sus artículos, pero con breves menciones al respecto. Se destacan principalmente el art. 32 en lo referente a *la venta domiciliaria*: aquella oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor; el art 33 de acuerdo a la llamada *venta por correspondencia*: la propuesta efectuada por un medio postal, de telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a ella realizada por iguales medios. Atendiendo en lo que respecta a los contratos de adhesión, nos remitimos al art. 38 de la citada ley, el cual indica la obligación correspondiente al proveedor de bienes o servicios, con el fin de salvaguardar a los consumidores de publicar en su sitio web el modelo del contrato donde se encuentren los términos y condiciones.

En su generalidad, este tipo de contratación tiene como elemento principal el hecho de que son dirigidos a un número indeterminado de personas y el usuario adquiriente de este servicio debe «aceptar», no pudiendo formular ningún cambio a las cláusulas

generales predispuestas del contrato ya debidamente estipulado por el proveedor; se trata de una modalidad conocida como «contratos clickwrap»².

La contratación electrónica nos conduce a replantearnos el sentido de cómo se expresa el consentimiento ante el claro avance de medios tecnológicos y el uso de internet, donde, a través de un simple clic o la realización de un *touch* en la leyenda «Acepto», se producirá la manifestación de la voluntad de la persona adhiriendo a dicho contrato en lo que se conoce como «Términos y Condiciones de Uso», siempre vía un medio tecnológico.

Destacan como rasgos característicos la realización a través de medios de comunicación electrónicos y la inmediatez en la celebración del contrato (en el cual su carácter directo dentro del comercio es mayormente notorio). Es importante aclarar que tienen el mismo efecto que los contratos entre presentes, lo que da lugar al derecho de arrepentimiento o *buy back*, dependiendo del tipo de servicio, reconociendo las dificultades que la ingeniería financiera de cobro establecida por el proveedor genera en los consumidores, dado que deben lidiar con un intermediario que ya está determinado: en estos casos, los proveedores de tarjetas de crédito.

Lo mencionado nos permite entender los contratos electrónicos desde la regulación de los contratos de consumo, debido a la relación existente entre los proveedores, en este caso Spotify y Netflix, y los consumidores o bien usuarios de los servicios que estos ofrecen en sus plataformas.

El auge de este tipo de contratos a través de plataformas virtuales conjuntamente con avances tecnológicos ha llevado a que no solo sujetos jurídicos, sino también profesionales de la educación abocados a la enseñanza del derecho se encuentren ante un gran desafío en el presente.

Hablar sobre los contratos electrónicos, *e-commerce* y entender su íntima relación con la regulación de los derechos de los consumidores es sumamente importante.

4. Reflexiones finales

Como conclusión, puede señalarse que existe un entramado de relaciones jurídicas complejas y que abarca diferentes actores. El punto de conexión entre los derechos intelectuales y la existencia de relaciones contractuales electrónicas es inescindible. Así, observamos que la temática tiene una triple dimensión: primero, entre Netflix y Spotify y los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales (actores, escritores, directores, músicos creadores cuando no sean ellos mismos, como en el caso de Netflix); pueden existir contratos de obra o de servicio (art. 1251 C. C. y C.) o contratos de trabajo en relación de dependencia (Ley 20.744), o hasta contratos de suministros (art. 1176 C. C. y C.). Segundo,

² Modelo de contratación por el cual las condiciones y términos de un sitio web deben ser aceptados expresamente con anterioridad a completar una transacción, a través de un acto expreso que normalmente consiste en un clic, en el hecho de «pulsar» sobre un botón con la leyenda «Acepto».

entre Netflix y Spotify (o empresas similares) y sus suscriptores en cuanto usuarios; cualquiera sea la forma típica contractual, ya sea contrato de servicios o de suministro, constituye un contrato de consumo en los términos de los artículos 1.092 y 1.093 del C. C. y C., lo cual hace aplicable el régimen de defensa del consumidor.

El análisis de estas redes contractuales en el desarrollo de la investigación profundizada en el proyecto, en lo correspondiente a los derechos intelectuales involucrados, permite visualizar que el estudio correcto de este fenómeno (de Netflix y Spotify) no puede realizarse desde una sola materia: por un lado, debe considerarse la situación jurídica de los usuarios respecto a los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales y si resultan responsables o no —y en qué medida lo hacen— por el uso o utilización que hacen de esos contenidos, abarcando supuestos contractuales y extracontractuales. En este punto y con referencia a la relación entre usuarios y los proveedores de servicios, interesa la forma de contratación (electrónica, por adhesión), en lo que se refiere tanto a los usuarios o consumidores como así también a los derechos de autor de los autores o titulares de derechos de los contenidos.

En segundo lugar, en lo que respecta a los proveedores de contenidos de Internet, en este caso Netflix y Spotify, y a su relación con los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales, deben analizarse las formas contractuales por la que estos proveedores explotan los contenidos digitales, los derechos de estos sobre sus obras y, en caso de violación de aquellos, la responsabilidad de los proveedores. Por último, en cuanto a proveedor de servicios de Internet, de alojamiento y *streaming*, y la posibilidad legal de autorizar la utilización de los contenidos digitales a los usuarios para, por ejemplo, otros usos o para realizar obras derivadas, deberá analizarse si, como intermediarios, son o no responsables por las infracciones relacionadas a los derecho de propiedad intelectual por parte de los usuarios. Y en el marco del comercio electrónico, la regulación y responsabilidad como proveedores frente a los usuarios como consumidores.

En el siglo XXI, en un mundo globalizado donde los fenómenos jurídicos (como los contratos) tienen como principales características la internacionalidad, la diversidad de fuentes históricas y una tendencia a la aplicación preponderante de reglas jurídicas de tradición anglosajona, la enseñanza de estos derechos, para los operadores jurídicos y profesionales de la materia, genera la aparición de numerosos desafíos; estos retos implican la necesaria realización de estudios e investigaciones profundizadas que determinen el alcance de las relaciones jurídicas que proyectan los modelos de negocios tales como Spotify y Netflix para, primero, la comprensión integral de estos fenómenos y, luego, para establecer la adecuación de los derechos intelectuales, dando adecuada tutela a los autores, músicos, directores, actores, intérpretes, bailarines y artistas involucrados, a fin de que obtengan el debido reconocimiento de sus derechos tanto morales como patrimoniales, individuales pero también colectivos, y se facilite también la recaudación por parte de las entidades de gestión colectiva.

La irrupción en el siglo XXI de modelos de negocios como Netflix o Spotify debe recibir la atención del ordenamiento jurídico iberoamericano para evitar que el futuro

nos obligue a ver empresas ricas a costa de, por un lado, creadores o autores o artistas mal remunerados y poco reconocidos, y, por el otro, de consumidores o usuarios cautivos o prisioneros de las condiciones contractuales abusivas.

5. Referencias

- Bondarenko P. (2009). El concepto de teoría: de las teorías interdisciplinarias a las transdisciplinarias. En *Revista Teoría y Didáctica de la Ciencias Sociales*. Venezuela.
- Castiglioni, R. y Moffat, N. (2018). El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce. En *El Derecho* 278. Buenos Aires.
- Didou Aupetit, S. (2007), *La Internacionalización de la Educación superior en América Latina: oportunidades y desafíos*. Conferencia dictada en el Pabellón Argentina de la Ciudad Universitaria, Córdoba.
- Fenstermacher, G. D. (1989). Tres aspectos de la filosofía de la investigación sobre la enseñanza. En Wittrock, M. *La investigación de la enseñanza, I. Enfoques, teorías y métodos*. Barcelona: Paidós.
- Jesús, M. I. de; Méndez, R.; Andrade, R. y Martínez, R. (2009) Didáctica: Docencia y método. Una visión comparada entre la universidad tradicional y la multiversidad compleja. En *Revista Teoría y Didáctica de la Ciencias Sociales*. Venezuela.
- Leturia M. F. (2013) *Problemáticas de la enseñanza de los Derechos de propiedad Intelectual en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Publicado en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/36070/Documento_completo.%20Mauro%20Leturia..pdf?sequence=1
- (2014). Crónica sobre Propiedad Intelectual en Argentina en el año 2013. Publicada en el *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2013*. España: Editorial Reus.
- (2014). Reflexiones sobre los Derechos Intelectuales. En la *Revista Temas de Derecho Económico-Enfoque Nacional e Internacional*. Tribunales Ediciones.
- (2015). Breves consideraciones sobre el “acto de creación”. En *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2014*. España: Editorial Reus.
- (2016). Protección Penal de los Derechos Intelectuales en Argentina. En *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA*. España: Editorial Reus.
- Lipszyc, D. y Villalva, C. A. (2007). El autor menor de edad. En *La Ley*, 2007-C, p. 797.
- Lipszyc, D. (2005) Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional. *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina*. Asunción: OMPI, SGAE, Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay.

- Pinedo y Fellner. Dictamen a los proyectos de ley que se regula a los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos alojados en Internet. Expediente parlamentario: S-1865/15 y S-942/16). Argentina.
- Rogel Vide, C. (2003). *En torno a los Derechos Morales de los Creadores*, Madrid: Editorial Reus.
- (2013). *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*. Volumen cuarto. Madrid: Editorial Reus.
- Rogel Vide, C. y Serrano Gómez, E. (2008). *Manual de Derechos de Autor*, Madrid: Editorial Reus.
- Rogel Vide, C. y Valdés C. (2012). *Obras Originales de Autoría Plural*. Madrid: Editorial Reus.
- Sylvester, P. (2018). La responsabilidad de los ISP en la jurisprudencia de los tribunales argentinos (según el derecho de los caballos). En *El Derecho*, 278. Buenos Aires.
- Tabieres S. y Leturia, M. F. (2012). *Reflexiones y posibles efectos sobre el proyecto de ley de semillas*. III Congreso Internacional de Agrobiotecnología. Rosario, Argentina.
- (2014). *Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*. La Plata. Argentina: Editorial Librería Editora Platense.
- Velazquez Alfonso, O. L. y Leturia, M. F. (2018). *Consumidores y Derecho en Iberoamérica*. España-México: Editorial Reus Madrid España - Editorial UBIJUS.

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL*

Estudio de caso a partir del Aeropuerto El Palomar

Alejandro Julio García

Abogado (UMSA). diplomado en Género y Gestión Institucional (INDAE). especialista en Derecho Administrativo (UCALP)

Resumen

El objetivo principal de esta investigación fue destacar el impacto que sobre el ambiente produciría el Aeropuerto El Palomar en zonas urbanas. Hubo un paréntesis respecto a la intervención de la ciudadanía a través de la herramienta procesal del amparo y la audiencia pública en el conflicto suscitado a raíz de dicha implementación. Finalmente, la conclusión es que se habría otorgado como consecuencia una flexibilización de la normativa administrativa interna a efectos de que pudieran operar empresas aéreas de bajo costo y, por otro lado, que es posible la creación de una reserva natural urbana en pos de la evolución del desarrollo humano en nuestro país.

Palabras clave: Derecho Ambiental – Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental- Aeropuerto El Palomar - *Dumping* Ecológico.

Abstract

The main objective of this research was to highlight the impact that El Palomar Airport would have on the environment in urban areas. There was a parenthesis regarding the intervention of citizens through the procedural tool of amparo and the public hearing in the conflict that arose as a result of said implementation. Finally, the conclusion is that it would have been granted as a consequence a relaxation of the internal administrative regulations so that low-cost airlines could operate and, on the other hand, that it is possible to create an urban nature reserve in pursuit of the evolution of the human development in our country.

Keywords: Environmental Law - Environmental Impact Assessment Procedure- El Palomar Airport - *Ecological Dumping*.

* Síntesis del Trabajo Integrador Final presentado para la titulación de la Especialización en Derecho Administrativo (UCALP).

I. Introducción. Planteo hipotético

La hipótesis del trabajo buscó investigar, dentro del procedimiento que derivó en la habilitación del Aeropuerto El Palomar para que puedan operar empresas aéreas —en particular *low cost*—, el impacto ambiental que dichas operaciones generarían y aquello que en derecho comparado se consideraría *dumping* ecológico.

El *dumping* ecológico no se encuentra particularmente fomentado ni regulado en lo que respecta al marco normativo nacional o provincial.

Los países subdesarrollados no pueden competir con los niveles de sofisticación ambiental que países más desarrollados les aportan a sus productos, de modo que incurren en costos de cuidado medioambiental. Habría que evitar la aparición de ventajas competitivas basadas en normatividades poco exigentes en materia ambiental y además, por otra parte, impedir que la legislación ambiental sea utilizada con fines proteccionistas¹. Es por ello por lo que entonces entra en juego la capacidad de los países, desarrollados o no, para regular la actividad económica, según protejan o no al medioambiente.

El Aeropuerto El Palomar, creado en 1910, pertenece al Estado nacional —en jurisdicción del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea— y fue afectado conforme lo dispone la Resolución 721/68 del Comando en Jefe de la Fuerza Aérea al uso público para la aviación general y comercial.

En el marco de la expansión del transporte aerocomercial impulsada por la nombrada «Revolución de los Aviones»², la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) firmó la resolución que habilita la operación de vuelos internacionales en el aeropuerto de El Palomar. De este modo, en el 2017 este aeropuerto se incorporó al Sistema Nacional de Aeropuertos (SNA).

II. El impacto ambiental del Aeropuerto El Palomar- I Brigada Aérea - Los daños ocasionados al ambiente

El presente trabajo de investigación nos permite adentrarnos, en principio, en aquel estudio realizado con la participación de áreas específicas, como el Centro Integral de Servicios Tecnológicos de Acústica y Sonido (CISTAS) y la Carrera de Ingeniería de Sonido, ambas de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), en donde se llega a advertir el impacto acústico que genera el actual tráfico del Aeropuerto El Palomar, habilitado por el Gobierno nacional, para las operaciones de la firma Flybondi

¹ La transición hacia el desarrollo sustentable. Perspectivas de América Latina y el Caribe, coordinado por Enrique Leff, Exequiel Ezcurra, Irene Pisanty y Patricia Romero Lankao, se terminó de imprimir en los talleres gráficos de la empresa Jiménez Editores e Impresores, S. A., Callejón de la Luz 32-20, Col. Anáhuac, en la Ciudad de México durante el mes de agosto de 2002.

² Carta del Ministerio de Transporte - La Revolución de los Aviones. Página Casa Rosa de la Nación Argentina. Recuperado de <https://www.casarosada.gob.ar/79informacion/carta-jefatura-gabinete/42189-carta-del-ministerio-de-transporte-la-revolucion-de-los-aviones>.

y posteriormente otras de iguales características. Las áreas ya citadas precisaron que el tránsito aeronáutico es el que más energía acústica emite entre las fuentes de ruido de los entornos urbanos. Entre los efectos que suelen provocar este tipo de contaminación, el estudio indica la «perturbación del sueño» (Página 12, 18 de septiembre de 2019).

Es por ello por lo que, a la luz de los referentes estudios, se denunciaron daño ambiental y desmonte ilegal³.

Desde los inicios, se había luchado para que el gobierno instalara el Aeropuerto El Palomar en una zona alejada a la urbana, ya que «genera un aumento sustancial en los casos de cáncer, ACV e infarto en la población de la zona afectada fruto de los gases tóxicos que emanan los aviones al despegar y aterrizar»⁴.

Por otro lado, también se estableció que entre «las cabeceras de las pistas de aterrizaje y las zonas urbanas no puede haber menos de 700 metros de distancia», encontrándose el aeropuerto de referencia a menos de 500 metros de distancia de un colegio de la zona y muchas casas.

La construcción total del citado aeropuerto implicaría la deforestación de unas doscientas hectáreas de bosques únicos en Buenos Aires (Foroambiental, 31 de enero de 2018) y la destrucción de humedales.

El desmonte ilegal se está realizando en la zona donde se encuentra el grupo Isla Verde-Arroyo Corvalán, área sobre la cual el Aeropuerto El Palomar no tiene la concesión.

En El Palomar, existe una diferencia de temperatura, por la cual se conforman esos humedales. Funciona como un embudo, de modo que las aguas de las zonas circundantes se reúnen en el centro, que es donde está ubicado el aeropuerto. Esos bosques y humedales son fundamentales para purificar el aire, absorber el agua por las lluvias, mitigar las temperaturas extremas y por ser reservorio de vida silvestre.

En este sentido, cabe mencionar la Ley provincial de Ministerios N.º 15.164, la cual establece que, para la habilitación de sitios con estas condiciones geográficas, se requiere la autorización de la Autoridad Provincial de Aplicación en materia ambiental.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, esa autoridad es el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS)⁵, que establece dentro de sus funciones la de planificar, proyectar, fiscalizar, ejecutar la política ambiental.

Cabe resaltar también que se ha duplicado la contaminación por los fuertes ruidos de los aviones, junto con la contaminación atmosférica de la estela que emanan. Al respecto, se realizaron denuncias referidas al fuerte olor a combustible que permanece al levantar vuelo los aviones y el cual se teme sea cancerígeno (Soldano y Perret Marino, 2019).

Asimismo, alumnos y docentes padecen un aumento de la distracción, falta de concentración y problemas de disciplina de los chicos. Ante cada paso de los aviones, con

³ La denuncia fue hecha por Guillermo Iracheta, representante legal de los vecinos del sector denominado **Isla Verde de El Palomar**, quien dialogó con el periódico *Infocielo* el 7 de mayo de 2018.

⁴ Según el Dr. Lucas Marisi, quien el 10 de enero de 2018 interpuso el recurso de amparo ante la justicia para que se suspendan las obras del nuevo Aeropuerto El Palomar para vuelos *low cost*.

⁵ Art. 44 de la Ley de Ministerios N.º 14.989 de la Provincia de Buenos Aires, del 29/12/17.

el fuerte ruido y vibraciones que generan, se crean las condiciones para que los estudiantes padezcan problemas de aprendizaje.

A los cuestionamientos de los vecinos de los municipios linderos a la zona en cuestión, ahora se le sumó un nuevo informe de la Universidad Nacional de General Sarmiento que advierte sobre las consecuencias negativas de los vuelos.

El investigador independiente del CONICET y de la UNGS, Guillermo Jorge⁶, tituló el trabajo «Operaciones comerciales en el aeródromo de El Palomar: Proyecciones de impacto acústico y revisión crítica de informes». Allí elabora una serie de observaciones a los informes realizados por Aeropuertos Argentina 2000.

En el relevamiento, asegura que los estudios de impacto ambiental realizado por Aeropuertos Argentina 2000 —en adelante AA 2000—, «en cierta manera, minimizan que la conversión de la base militar en un aeropuerto comercial de alto tránsito no tiene impacto apreciable sobre la población vecina»⁷.

Más adelante, detalló que «este impacto tiene dos aristas fundamentales: la contaminación por emisiones gaseosas y la contaminación sonora». En cuanto a la medición de la contaminación acústica, aclaró que, en el país, no existe una legislación específica, pero que hay «ciertas normas nacionales y protocolos utilizados internacionalmente que pueden ser aplicados para la determinación del grado de impacto de la operación de un aeropuerto sobre la población vecina» (Jorge, 2019).

El citado investigador aseguró que se ha producido un gran impacto acústico con las operaciones existentes hacia finales de 2018.

III. La falta de una adecuada política pública de parte del Estado nacional y su omisión de seguir el correcto procedimiento de impacto ambiental y sus requisitos mínimos en la legislación nacional y provincial actual

A la hora de la implementación del citado aeropuerto en forma comercial, el Estado nacional tendría que haber seguido, para una aplicación analógica, lo expresado en la Convención de Aviación Civil Internacional firmada en Chicago, en 1944, ya que establece en su articulado referente al Transporte Aéreo Internacional (art. 69) que, si el Consejo estima que los aeropuertos u otras instalaciones y servicios para la navegación

⁶ Licenciado en Ciencias Físicas (1998) y doctor en Ciencias Físicas (2005) por la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, Universidad de Buenos Aires. Investigador del CONICET desde 2005 y profesor UNGS desde 2012, de enero del 2019.

⁷ Fsm 113686/2017 (Marisi, Leandro y otro c/Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Transporte de la Nación y otro s/Amparo ambiental) y G. Jorge, E. E. Gómez y G. Cabanne, INFORME DE TRABAJO - AUDIENCIA PÚBLICA - AERÓDROMO EL PALOMAR, «Objeciones a la Evaluación de Impacto Ambiental presentada por Aeropuertos Argentina 2000 y grupo de trabajo» (2018) y G. Jorge, «Aeropuerto de El Palomar: El lugar en donde nada puede salir mal (una crítica técnica a los estudios de impacto ambiental)», II Jornadas Internacionales y IV Nacionales de Ambiente, octubre de 2018. Tandil, Buenos Aires, Argentina. También presentado en la 103ª Reunión de la Asociación Física Argentina (Reunión Nacional de Física, División Industria y División Educación, año 2018).

aérea de un Estado contratante no son razonablemente adecuados para el funcionamiento seguro, regular, eficaz y económico de los servicios aéreos internacionales, existentes o en proyecto, el Consejo consultará con el Estado en cuestión y con otros Estados afectados con miras a encontrar los medios por los cuales la situación pueda remediarse, y podrá hacer recomendaciones a tal efecto.

En este apartado, cabe mencionar la Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de la Provincia de Buenos Aires N.º 11.723, que dispone en su articulado, en sus partes pertinentes, que tiene por objeto la protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, a fin de preservar la vida en su sentido más amplio, asegurar a las generaciones presentes y futuras la conservación de la calidad ambiental y la diversidad biológica y garantizar a todos los habitantes el derecho de gozar de un ambiente sano.

Aquí hemos de señalar que el Poder Ejecutivo provincial y los municipios deben garantizar que todo emprendimiento que implique acciones u obras susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente de la provincia de Buenos Aires o sus recursos naturales cuente con una evaluación de impacto ambiental. Por otro lado, aquellos proyectos que produzcan iguales efectos deberán obtener una declaración de impacto ambiental, expedida por las citadas autoridades. Este último requisito no se habría cumplido al habilitar el aeropuerto que se encuentra en estudio.

Podemos definir, pues, a la evaluación de impacto ambiental como el procedimiento destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias o efectos que acciones o proyectos públicos o privados puedan causar al equilibrio ecológico, al mantenimiento de la calidad de vida y a la preservación de los recursos naturales existentes.

La declaración de impacto ambiental constituye, así, un dictamen que significa la aprobación de la realización de la obra o actividad peticionada, o la aprobación de la realización de la obra o actividad peticionada en forma condicionada al cumplimiento de instrucciones modificatorias, o la oposición a la realización de la obra o actividad solicitada⁸.

Por sobre todo, la Ley General de Ambiente Nacional N.º 25.675 establece los presupuestos mínimos y principios de política ambiental que deben cumplirse obligatoriamente.

Los citados presupuestos mínimos son necesarios para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

La política ambiental nacional deberá cumplir, entre otros, con el siguiente objetivo: promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria.

Respecto a los principios de la política ambiental, mencionaré aquellos que en la justicia tienen más injerencia, tales como: principio de prevención, principio precautorio y principio de sustentabilidad.

Esta Ley nacional también aborda la evaluación de impacto ambiental como un instrumento de la política y gestión ambiental; destaca que toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes o afectar la calidad de vida de la población en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución. Asimismo, establece que las personas físicas o jurídicas deben dar inicio al procedimiento con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste si las obras o actividades afectarán el ambiente. Y las autoridades determinarán la presentación de un estudio de impacto ambiental, cuyos requerimientos estarán detallados en ley particular y, en consecuencia, deberán realizar una evaluación de impacto ambiental y emitir una declaración sobre dicha índole en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados⁹.

Cabe destacar que la Constitución Nacional establece en su artículo 41 que

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley [...]. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección¹⁰, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...

En virtud de lo expuesto, es necesario entender que se considera presupuesto mínimo, según lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone en su artículo 28:

Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el suelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión, ambientalmente adecuada...

IV. Acciones políticas que llevarían a lo que se conoce como «*dumping* ecológico». El proteccionismo

⁹ Arts. 1, 2, 6, 8, 11, 69 a 72 de la Ley General de Ambiente N.º 25.675.

¹⁰ Los presupuestos mínimos de protección son comentados por Hutchinson T. y Falbo A. *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*; Botassi, C. A. *Derecho Administrativo Ambiental*; Franza J. A. *Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente*.

La existencia del Aeropuerto El Palomar, tangencialmente, podría constituir un caso del llamado «*dumping* ambiental». Este tendría lugar cuando los costes ambientales se internalizan en distinto grado en el interior de dos economías que comercian entre sí. Al tener el país una regulación más permisiva, contará con una ventaja en los costes que se trasladaría a los precios. El argumento del *dumping* ecológico reside en que esa diferencia de precios es desleal y distorsiona el comercio (Fernández Rozas, 2001; Cruz Barney, 2008).

Naturalmente, la operatividad última del concepto no es otra que la de justificar una protección en el comercio entre países. Los requisitos y circunstancias que deberían concurrir según la teoría del *dumping* ecológico para motivar una protección son:

- Daño a la industria nacional (pérdida de competitividad).
- Práctica desleal del comercio.
- Relación de causalidad entre la práctica desleal y el daño sobrevenido

Otro tema que estimo oportuno destacar —y que quizás no sea tan simple de comprender— es el problema de la competitividad. Aquí, una política nacional de internalización de costes ambientales tiene un efecto expansivo sobre los gastos de producción y un consiguiente deterioro de la competitividad internacional frente a aquellas economías que no internalizan. Surge un problema de competitividad para los productores nacionales en un contexto de transnacionalización creciente (Vargas Aguirre, 2000) de los procesos productivos, del capital, de los canales de comercialización, un proceso de mundialización en el que las economías están cada vez más abiertas y en el que la competitividad juega un papel clave para la supervivencia económica de las empresas¹¹.

En el extremo, este problema de competitividad quedaría reflejado en un proceso de deslocalización de las industrias contaminantes de los países más desarrollados a otros con un grado de desarrollo menor.

Es preciso también situar el problema de la competitividad en una perspectiva global de la economía en su conjunto, y no solo desde las implicaciones a corto plazo sobre las industrias contaminantes. Esta visión sugiere que las políticas rigurosas en materia de protección ambiental, lejos de constituir un factor negativo de competitividad, son fuente de ventaja competitiva en el futuro. Los precursores que se anticipen a adoptar dichas normativas gozan de una posición de privilegio para competir en los mercados, aunque su competitividad se resienta en un primer momento. Es decir, para muchos sectores, la competitividad sufre una evolución según una curva, que disminuye al principio, pero se recupera fuertemente después.

El nivel de desarrollo de los países condiciona, asimismo, las prioridades ambientales en la gestión de los recursos; de este modo, una sociedad subdesarrollada no tiene otro remedio que aceptar un deterioro del medio ambiente, en la medida en que resulte inevitable para alcanzar un mayor crecimiento económico.

Así como una sociedad en camino al crecimiento, pero a la sombra aún de los grandes países desarrollados, la provincia de Buenos Aires ofreció al Gobierno nacional un régimen

más permisivo, no solo normativo, sino presupuestario para incentivar la instalación del Aeropuerto El Palomar en aquella área, lo cual produjo principalmente un gran impacto ambiental.

Así pues, la ya mencionada OPDS no habilitó el citado aeropuerto como lo marcaría la Ley Ambiental Provincial N.º 11.723.

En nuestro ordenamiento, no existe una definición clara de lo que resulta ser el *dumping* ecológico, por lo que recurriremos a la normativa internacional. La legislación costarricense, por ejemplo, con el fin de evitar *dumping* ambiental y la existencia de paraísos de contaminación, taxativamente prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental¹².

Se admite sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional costarricense, que sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, siempre que se trate de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad, y que las medidas adoptadas sean transitorias, tengan como propósito el bien común y sean justas, razonables y proporcionadas (Peña Chacón, M., 2012).

El punto y final, que ayudaría a cerrar la idea del *dumping*, es que los productores bajan sus costos a expensas del hábitat, con lo cual incurren en *dumping* ambiental, dejando de lado reglas que son hoy moneda corriente en el mundo desarrollado, pero no lo fueron, por lo general, en los tiempos en que emprendió su carrera hacia el mundo moderno.

Los cuidados ambientales tienen un alto costo, que se ahorran en muchos países, como en la Argentina, acción que provoca la contaminación de la tierra, el agua y el aire, la deforestación indiscriminada o la erosión de los suelos.

Además, se viene intentando fomentar prácticas de preservación y reconstrucción ambiental que, lamentablemente, las economías más pobres no pueden pagar, pero que deberían lograr consolidar.

Por eso, si bien la motivación primaria es el cuidado ambiental y el posible impacto, bajo el criterio de que los bienes ambientales pertenecen a la humanidad y cualquiera tiene derecho a exigir su cuidado, se advierte que, en cierta medida, los argumentos proteccionistas también están presentes.

V. Los posibles beneficios al área en cuestión y al comercio internacional

El impacto en el desarrollo local que genera un aeropuerto es abismal, porque produce más seguridad y más oportunidades laborales y comerciales. De forma oportuna, se había dicho que: «el Aeropuerto El Palomar es a 2020 lo que el ferrocarril fue a 1860»¹³.

¹² Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA) del 1/2003.

¹³ El 28/3/2018 en la Biblioteca Popular Juan Manuel Giuffra se desarrolló la audiencia pública convocada por la jueza federal de San Martín, Martina Forns, por el funcionamiento de un aeropuerto comercial en

La internacionalización del Aeropuerto El Palomar, fue el resultado del crecimiento aerocomercial que tiene la Argentina.

Este proyecto aeroportuario es el primer aeropuerto *low cost* de Sudamérica; es decir que cuenta con prestaciones básicas —servicios de rampa y a pasajeros— que disminuyen los costos de operación para las aerolíneas¹⁴. La gente puede viajar más barato y llegar en tren. Se duplicó la cantidad de gente que viaja en avión y se sigue fortaleciendo la conectividad entre provincias. Las empresas *low cost* están volando a distintos destinos internacionales. Se realizó toda una mejora integral, en la que se ordenó el tránsito, modernizó la zona y garantizó la seguridad de vecinos y pasajeros. También se renovó la estación de trenes de la línea San Martín, que es la primera en todo el país en estar conectada a un aeropuerto.

Hoy los aeropuertos son para el mundo, la evolución constante de aquellas ciudades que no eran focos de turismo, que se habían mantenido alejadas del consumo, como sucede con el Barrio El Palomar.

En la actualidad, las aeronaves son cada día más respetuosas en materia de emisiones sonoras, aun cuando hemos destacado que producen una gran contaminación ambiental.

Por otro lado, si bien la justicia, con su actuación y su gama jurisprudencial, como expondremos seguidamente, ha puesto en tela de juicio si ha sido correcta la implementación del Aeropuerto El Palomar, es menester que reconozca indefectiblemente ciertas secuencias históricas, la evolución constante de la aviación y los enormes beneficios que genera.

VI. Jurisprudencia aplicable. La intervención de la Justicia respecto a la situación del Aeropuerto El Palomar

Por último y no menos importante, es dable destacar la intervención e injerencia de aquel grupo de habitantes del sector, denominado Isla Verde de El Palomar, quienes iniciaron una serie de acciones desde septiembre de 2017 para defender el espacio donde se implementaría comercialmente, como ya se dijo, el Aeropuerto El Palomar para líneas áreas *low cost*, ante los serios riesgos que implicaría el funcionamiento de esa terminal aérea en el lugar. En ese mes, presentaron su primer amparo ante la justicia para exigir que se llevara a cabo una audiencia pública y un pertinente estudio de impacto ambiental.

Así, el 1 de marzo de 2018, los vecinos afectados se unieron y concurrieron al Juzgado Federal de San Martín, a cargo de la señora jueza Dra. Martina Forns, a efectos de pedir la intervención de la provincia de Buenos Aires. En este aspecto, detallaron que por el Artículo 28 de la Constitución provincial, al aeropuerto lo debería habilitar, como se mencionó, el Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable (OPDS).

la Base Aérea de El Palomar. Expresión del Intendente de Morón, Ramiro Tagliaferro.

¹⁴ Soporte digital: <https://prensa.flybondi.com/prensa-page/2019/9/10/flybondi-se-posiciona-como-la-aerolinea-low-cost-ms-grande-de-argentina>

Haciendo un paréntesis, en lo que atañe a la audiencia pública, el impacto a varios niveles que tiene la instalación en El Palomar de un aeropuerto civil de uso comercial destinado, en principio, para la aerolínea *low cost* Flybondi, en el ámbito local, colocó el foco en el rol del Municipio y del Consejo Deliberante en cuanto a la difusión, el acceso a la información y tratamiento del proyecto de cara a los vecinos.

Presuntamente, se habría violado la Ley de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental N.º 25.831 en los tres niveles (nacional, provincial y municipal)¹⁵.

En ningún momento se presentó y se debatió el proyecto del Aeropuerto El Palomar ante el Concejo Deliberante. Había un protocolo provincial de declaración de impacto ambiental, conforme a la Ley N.º 11.723, que no se habría cumplido, que era responsabilidad del Municipio y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. El estudio debería haberse realizado en conjunto por ambas jurisdicciones.

También, en virtud de la presentación de los vecinos, de la herramienta procesal del amparo, cabe mencionar dos fallos de gran interés, así pues:

El 2 octubre de 1986, en la causa Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/. Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo¹⁶, el Juzgado Civil, Comercial y de Minas N.º 4 de Mendoza declaró la inconstitucionalidad de un decreto provincial vinculado a la pesca deportiva. El citado decreto levantaba la veda deportiva de caza y pesca en la Reserva Faunística Laguna de Llanquanelo sin estudio previo. El juez entendió que «la vía de amparo resulta apta para proteger el entorno».

Otro hito se constituyó en la causa del 19 de febrero de 1987, Christou, Hugo y otros c/Municipalidad de Tres de Febrero s/amparo¹⁷ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que varios vecinos demandaron amparo contra la Municipalidad de Tres de Febrero pidiendo la anulación de una ordenanza que fijaba un área del partido como zona industrial, convalidando la actividad de una fábrica allí instalada y cuestionada como contaminante.

En el mismo sentido y en relación a lo expresado anteriormente y a la protección del medio ambiente y la actividad minera, cabe destacar un fallo precursor, Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros s/recurso de hecho del 17 de abril del 2007¹⁸, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al amparo ambiental planteado, declaró inamisible el recurso extraordinario interpuesto contra él y falló en contra de la provincia de Chubut y de la empresa minera también demandada, y resolvió paralizar la explotación a cielo abierto de una mina de oro hasta que se llevara a cabo la consulta

¹⁵ Soporte digital. Periódico *Elldigital*.

¹⁶ IV Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza, 1986. Causa Morales, Víctor H. Y Rinaldi J. J. c/ Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo, sentencia del 2 de octubre de 1986, comentado por Carlos Alfredo Botassi en el libro *Derecho Administrativo Ambiental*, pág. 126.

¹⁷ Fallos 310:324, comentado por Carlos Alfredo Botassi en el libro *Derecho Administrativo Ambiental*, pág. 127.

¹⁸ Fallos: 330:1791.

pública prevista en la mencionada ley provincial y la autoridad de aplicación provincial se pronunciara sobre el informe de impacto ambiental presentado por la empresa minera.

El fallo Villivar y otros posteriores, en los cuales con idéntica postura la C.S.J.N. suspende autorizaciones para desarrollar determinadas actividades ante la falta de evaluación de impacto ambiental y otros procedimientos estipulados en la normativa, dejó de manifiesto que la Corte se encuentra enrolada en el actual paradigma ambiental y que, en sus sentencias, tiene en miras no solo el principio de prevención, que opera sobre la certeza de riesgo ambiental, sino también el principio precautorio que trata de impedir consecuencias perjudiciales probables en el medio ambiente¹⁹.

Retomando la intervención de la justicia, se señala que, a mediados del mes de mayo del 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le había exigido al Gobierno nacional que aportara a la causa, antes del mes de junio, la declaración de impacto ambiental respectiva.

El Ministerio de Transporte sostuvo que, en el fallo del 28 de diciembre, la Cámara de San Martín dio por cumplido el principio precautorio de la Ley General de Medio Ambiente con la presentación de dos estudios de impacto ambiental sobre las obras realizadas, la audiencia pública y doce informes de mediciones mensuales.

La declaración de impacto ambiental original debería haber sido aprobada también por el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS), bajo la órbita del Gobierno bonaerense.

Ya en agosto del 2019, la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) aprobó una evaluación de impacto ambiental (Resolución 369/2019) en la que detalló que la cuestión ambiental en la actividad aeronáutica sigue las directrices de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)²⁰ sobre las operaciones aéreas en el Aeropuerto El Palomar, donde opera la mayoría de las aerolíneas *low cost*, y ratificó que la estación aérea se encontraba bajo las condiciones requeridas para operar durante las 24 horas, a pesar de aquella medida cautelar que suspendió los vuelos nocturnos. Ese mismo mes, la jueza Martina Forns, había dispuesto prohibir los vuelos entre las 11 de la noche y las 6 de la mañana, para que no afectaran las horas de sueño, a partir del mes de septiembre.

Por su parte, la ANAC se quedó disconforme y apeló el fallo; consiguientemente, se aprobó el informe que señalaba que el aeropuerto estaba en condiciones de operar las 24 horas y destacaba que, a través del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA), se había dictado la Resolución N.º 36/08, aprobatoria del «Reglamento para la autorización, fiscalización, habilitación y aprobación de obras», que contemplaba los aspectos y requisitos ambientales necesarios para llevar adelante un proyecto de obra.

¹⁹ La Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) y Thomson Reuters – La Ley.

²⁰ Administración Nacional de Aviación Civil- RESOL-2019-369-APN-ANAC#MTR- Ciudad de Buenos Aires, 27/5/2019.

Oportunamente, se convocó a una audiencia pública²¹ para considerar los proyectos de obras y de actividades aeronáuticas en el aeropuerto, proceso que culminó con el dictado de la Resolución 534/18 del Ministerio de Transporte, el cual aprobó el informe final que habría dado respuestas a las preocupaciones de la ciudadanía.

Tras los informes realizados durante doce meses, la ANAC argumentó que «está en condiciones de aprobar los Informes de Avance Mensual, los Estudios de Impacto Ambiental e Informe Final de Niveles de Impacto Acústico y Calidad de Aire relativos a la nueva actividad que se desarrolla en el Aeropuerto El Palomar»²², ello sin perjuicio de continuar con las mediciones.

A partir de las ideas y vueltas expuestas, la Justicia habilitó la operatoria aeronáutica sin límite alguno y, hasta el momento, no ha cuestionado en otra oportunidad las obras proyectadas.

VII. Conclusión y propuesta de reserva natural

Al no ser apropiada la implementación del Aeropuerto El Palomar, el proyecto estuvo siempre muy cerca de no concretarse. Se luchó para lograr que se respete la opinión colectiva, atento el medio ambiente que afecta el entorno donde se encuentra el citado aeropuerto.

Una evaluación de impacto ambiental correcta nunca hubiera permitido una obra así, pero, finalmente, se logró su puesta en marcha. Allí, hay bosques de talar, pastizal pampeano y humedales, que son fundamentales para purificar el aire y absorber el agua. Si no existieran, esta zona se inundaría con cualquier lluvia fuerte. En virtud de todo lo expuesto, sería ideal tomar como propuesta que, en esa zona, se haga una reserva natural urbana Isla Verde.

Se busca constituir una reserva ecológica urbana, donde se desarrolle un polo cultural, ambiental, educativo, recreativo y sustentable, y conformar un activo real, lo cual demuestra que se puede trabajar en pos del ambiente en congruencia con el desarrollo de la población.

El aeropuerto ya es una realidad donde el impacto ambiental y el desmedro al medio ambiente ya prosperó.

²¹ Audiencia pública N.º 220, llevada a cabo el día 28 de marzo de 2018. La audiencia pública tuvo por objeto considerar los proyectos de obras y actividades aeronáuticas en el Aeropuerto El Palomar, Morón, provincia de Buenos Aires, así como presentar las acciones actuales y planes para incrementar los servicios aeronáuticos comerciales desde el mencionado aeropuerto y considerar las opiniones de los ciudadanos. Esta instancia de participación ciudadana ha sido ordenada en fecha 1 de febrero de 2018, por la Sra. jueza Martina I. Forns, a cargo del Juzgado Federal Civil Comercial y Contencioso Administrativo N.º 2, Secretaría N.º 1, en el marco de la causa Marisi Leandro y otro c/ PEN – Ministerio de Transporte de la Nación y Otro s/ Amparo Ambiental (Expte. N.º 113.686/2017).

²² Argumentación de la Administración Nacional de Aviación Civil del 21-8-2019.

Una vez instalado el conflicto, el Estado no asumió el reencauzamiento de aquel para explorar instancias de diálogo, sino que fue la propia comunidad la que buscó una solución al solicitar la audiencia pública y, cuando esta no llegó, recurrió a la justicia.

La mayor dificultad se encuentra en la falta de normativa, ya que, en nuestro país, no existen a nivel nacional y provincial normativas que puedan servir de antecedentes para no caer en el posible llamado «*dumping ecológico*».

Finalmente, y en relación con la hipótesis de trabajo que direccionó esta investigación, podemos aseverar que ella queda confirmada, puesto que en ella se afirma que es necesaria una mayor intervención del Estado en los procesos de información y participación ciudadana, lo que evitaría condicionar la normativa ambiental a intereses de tipo económicos.

El aeropuerto es futuro y evolución, de ello no hay duda. Todo tiene su costo, pero siempre miremos el costo y beneficio de una obra de tal envergadura.

Para culminar, dedico esta expresión del jurista José Alberto Essain:

La utopía del desarrollo sostenible quizá no sea más que esa noción inalcanzable, aquella que en realidad no sirve para andar, para lograr cada día un paso más por esos vientos, aun cuando algunos puedan pensarla como imposible de alcanzar alguna vez.

VIII. Bibliografía

Normativa:

- Balbín, C. F. (2011). *Manual de Derecho Administrativo*. 1.^a ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.
- Botassi, C. A. (2017). *Derecho Administrativo Ambiental*. La Plata, Argentina: Ed. LEP.
- Cafferatta, N. A. (2007). Panorama actual del derecho ambiental. En Cossari, N. G. A. y Luna, D. G. (Coords.). *Cuestiones actuales de derecho ambiental*. Buenos Aires: Ed. El Derecho.
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires. *Boletín Oficial* n.º 22740. La Plata, Argentina (14 de septiembre de 1994).
- Constitución Nacional Argentina. Ley N.º 24.430. *Boletín Oficial* n.º 28057. Buenos Aires, Argentina (10 de enero de 1995).
- Cruz Barney, O. (2008). La naturaleza del llamado *dumping ecológico*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41(121).
- Devia, L. y Nonna, S. (2008). *Nuevo rumbo ambiental*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- Falbo, A. (2000). La Corte provincial y el debido procedimiento administrativo ambiental. *RD Amb*, 23-194.

- Fernández Rozas, J. C., *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, 2001, pp. 55-57.
- Foroambiental*. Sin estudio de impacto ambiental, avanza la construcción del aeropuerto El Palomar. Recuperado de: <https://www.foroambiental.net/sin-estudio-impacto-ambiental-avanza-la-construccion-del-aeropuerto-palomar> el 31/1/2018.
- Franza, J. A., y Tomá, P. *Manual de Derecho Ambiental*. Ed. Ediciones Jurídicas. Tomo I-II.
- Hutchinson, T. y Falbo, A. J. (2011). *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*. La Plata: Ed. Platense.
- Jorge, G. (2019). Operaciones comerciales en el aeródromo de El Palomar: Proyecciones de impacto acústico y revisión crítica de informes. Universidad Nacional de General Sarmiento. Recuperado de: http://informaciones.com.ar/wp-content/uploads/2019/02/Informe-Final-Aeropuerto-El-Palomar_ene19.pdf
- Ley N.º 11.723. Ley de protección; conservación; mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del medio ambiente en general. *Boletín Oficial* n.º 23.036. La Plata, Argentina (22 de diciembre de 1995).
- Ley N.º 14.989. Ley de Ministerios. *Boletín Oficial* n.º 28.185. La Plata, Argentina (29 de diciembre del 2017).
- Ley N.º 25.675. Ley General del Ambiente. *Boletín Oficial* n.º 30.036. Buenos Aires, Argentina (28 de noviembre de 2002).
- Página 12* (18 de septiembre de 2019). Alto ruido en El Palomar. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/164812-alto-ruido-en-el-palomar>
- Peña Chacón, M. (junio de 2012). El Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. *Revista Judicial*, N.º 104. Costa Rica.
- Soldano, D. y Perret Marino, M. G. (2019). Un aeropuerto en el Conurbano. Para una lectura histórica y cultural de un territorio en disputa. *Revista Transporte y Territorio*, 21, pp. 69-88. Recuperado de <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/rtt/article/viewFile/7147/6250>
- Vargas Aguirre, M. (2000). Algunas reflexiones acerca de la globalización. En *Globalización: Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*. Recuperado de <http://www.rcci.net/globalizacion/2000/fg139.htm>

DESARROLLO JUDICIAL DE UN CASO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO¹

Liliana Etel Rapallini

Profesora de Grado y de Posgrado Especializada en Derecho Internacional Privado. Investigadora. Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Corona de España. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata.

Resumen

El derecho internacional privado se expande notoriamente por diversos factores, tales como los procesos de integración, la mutación de la persona humana de un país a otro bien —sea en soledad o junto al grupo familiar—, el avance de la tecnología que permite conectar espacios virtuales de diferente etiología. El caso con elementos extranjeros tiene acceso ante la justicia nacional y también reconoce como un instrumento exponencial a la cooperación jurídica internacional. En la presente entrega, pretendo otorgar un marco práctico inmerso en la teoría que impera en el tratamiento de ambas aristas.

Palabras clave: proceso civil internacional- cooperación interjurisdiccional.

Abstract

The international private law is notoriously expanded by various factors, such as integration processes, the mutation of the human being from one country to another —either alone or with the family group—, the advancement of technology that allows connecting virtual spaces of different etiology. The case with foreign elements has access to national justice and also recognizes international legal cooperation as an exponential instrument. In this installment I try to provide a practical framework immersed in the theory that prevails in the treatment of both edges.

Keywords: international civil process- inter-jurisdictional cooperation.

I) A modo de introducción

Una acotada reseña histórica demuestra la existencia de la disciplina y de la necesidad de su existencia. Desde siempre la situación de conflicto se presentó toda vez que el caso

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Cooperación Jurídica Internacional-Espectro normativo de fuente interna e internacional” Aprobado por Resolución Rectoral n.º 3137, Universidad Católica de La Plata.

de derecho privado empleó elementos de diversa etiología que obligaba al contacto entre un ordenamiento local y uno foráneo; esta especie de supuestos no tuvieron la misma acogida en todos los tiempos.

La primigenia territorialidad del derecho cede paso a la posibilidad de su traslación desde una ciudad estado hacia otra². En el trayecto histórico, son las escuelas estatutarias las que abren cabida a la extraterritorialidad; desde la italiana, la primera francesa, la flamenco-holandesa y la segunda francesa es de donde se ofrecen variables para dicha apertura.

Pero, sin duda, quienes darán solidez y raíz jurídica al postulado han de ser Savigny, Story y Mancini, siendo el primer doctrinario el cimiento del ordenamiento jurídico argentino.

A esta idea de extraterritorialidad y a la presencia de supuestos de vinculación entre derecho nacional y derecho extranjero, se añade la estructura normativa que opera como vehículo, tal como lo son las denominadas «normas de remisión», «de conflicto» o también llamadas «indirectas». La mayoría de los ordenamientos, incluido el nuestro, emplean la alocución «normas de conflicto» por ser la introducida por Joseph Story en su obra *Conflicto de Leyes*.

Pero es menester poner en claro que las normas aludidas son *abstractas*; vale decir: no proveen de solución alguna, sino que remiten a aquel ordenamiento que operará como receptor.

Su presencia se detecta tanto en la fuente normativa convencional internacional como en la interna.

Sin embargo, también se nutre de *normas directas o materiales* toda vez que la fuente normativa internacional se vale de ellas a los fines de uniformar un concepto que opera como eje del instrumento; así, por ejemplo, si versa sobre personas vulnerables, será necesario que contenga una norma descriptiva sobre qué se entiende por vulnerabilidad.

Es importante destacar que las normas propias de derecho internacional privado deben contener *puntos de conexión razonables y previsibles*, bien sea con conexión única o múltiple, y que las *directas o materiales* reconocen como finalidad superar el problema de las calificaciones.

Hasta aquí se está en presencia del proceso civil internacional auténtico y de la llamada «jurisdicción directa». Conforman un flanco importante del derecho procesal civil internacional, pues a través de él, se abre el acceso a la justicia.

La otra vertiente de la rama procesal está dada por la cooperación jurídica internacional identificada como *jurisdicción indirecta*. Valioso mecanismo que permite el reconocimiento extrafronterizo de decisorios jurisdiccionales nacionales en el extranjero y que, junto a la búsqueda de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable, integra el objeto de la materia privada internacional.

² Hablamos entonces de estatuto como la ley perteneciente a una ciudad-estado propia del medioevo, y con él nuclear el conjunto de relaciones que lo convocan: personal, real, convencional. Estamentos que aún hoy tienen plena vigencia.

II) Desarrollo temático

He de tratar, en primer término, las vicisitudes del proceso civil internacional frente a un caso con elementos extranjeros para luego dar cabida a la rogatoria internacional.

Como advertencia preliminar, describo al decir de Estrada (2016, p. 79) que la sociedad mundial expone una fragmentación del derecho internacional, tanto público como privado, causada en buena medida por la especialización y la regionalización de las relaciones de índole internacional. Claro está que el autor señala a la interpretación, que, volcada hacia la labor de los jueces, se concreta en la jurisprudencia. Empero y compartiendo la valiosa apreciación, en el desarrollo que he de elaborar, me limitaré a aspectos de resolución uniformados por la fuente convencional internacional, así como por la interna, en lo atinente a los parámetros adoptados para la resolución de casos privados internacionales, sin considerar su resolución de fondo, lo cual conduciría a un análisis de diferente tenor y materia.

Un somero recorrido por dos senderos que presentan idénticos pasos: un sendero es el nacional, y el otro es extranjero. Ante la presentación de una relación privada internacional se abren puertas e interrogantes (Garcimartín Alférez, 2012). La primera puerta presenta el interrogante de si son competentes o no los jueces nacionales o, en su caso, si lo son los extranjeros; la segunda puerta abre la consulta con relación a si será de aplicación el derecho nacional o el extranjero para resolver el fondo del litigio, y la última, y una vez dictada la sentencia, cede lugar al mayor de los interrogantes: saber si la sentencia dictada será eficaz en la jurisdicción foránea³.

1) Jurisdicción directa: Método de resolución del caso con elementos extranjeros

a) Aspectos netamente procesales

Tal como toda disciplina lo impone, en derecho internacional privado, se observa un interesante despliegue de propuestas metodológicas. El método llamado «indirecto» o «de las tres instancias» ha identificado a la rama; actualmente, la visión se ha flexibilizado y propende al *pluralismo metodológico*⁴ como también al *ius inter iura*⁵ (Boggiano, 1997, pp. 1-5), que, en suma, reconocen como finalidad el diálogo normativo y la armonización de los ordenamientos en juego.

³ A los fines de facilitar el desarrollo, al referirme al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, lo haré como «CCCNA», y al referirme al Título IV del Libro Sexto relativo a *Disposiciones de Derecho Internacional Privado*, lo haré como «Título IV».

⁴ El pluralismo metodológico propone la conjunción de las normas de conflicto junto a las normas materiales y a aquellas internacionalmente imperativas.

⁵ Se observa una continuidad entre el derecho internacional y el interno, estableciéndose directa relación entre los ordenamientos jurídicos.

En verdad, la disciplina responde a una doble lógica (Garcimartín Alférez, 2012); de un lado, aparece la lógica del derecho privado y, por otro, la de su internacionalidad.

Luego de haber presentado el método indirecto, desde una óptica propia, llevaremos a la práctica un caso privado internacional tomando el rol de juez como también el de abogado de parte.

El primer paso de resolución será observar si, entre los ordenamientos que el caso convoca, corresponde como fuente normativa de aplicación a la internacional o bien, y frente a su carencia, corresponde acudir a la reglamentación interna. Estamos frente a *jerarquía o prelación de normas* como primer principio rector.

El segundo paso indica verificar si la pretensión tiene asidero ante la jurisdicción incoada. Sobre ello suele denominarse a este aspecto, por cierto contundente, «competencia judicial internacional»; sin embargo y como aporte de claridad, prefiero llamarlo «jurisdicción internacionalmente competente», considerando que lo prioritario es la jurisdicción nacional o extranjera y luego sobreviene la competencia por territorio, monto, materia, dada por la organización político institucional del Estado donde se pretende su inicio.

No queriendo con ello hacer un juego de palabras, la frase se completa, sin embargo, al decir «jurisdicción internacionalmente competente de un juez o tribunal nacional».

Tan es así que las normas de derecho interno sobre competencia judicial internacional presentan una estructura enunciativa unilateral (Fernández Carrón, 2019), ya que solo concretan las controversias que puede conocer la organización jurisdiccional nacional. Así, por ejemplo, conocerán de una petición de divorcio siempre y cuando los esposos revistan último domicilio conyugal en dicho Estado, excluyendo otras opciones para accionar en él.

Se generan, entonces, foros de jurisdicción legalmente determinados y objetivados a fin de responder al principio de seguridad jurídica de manera que, frente a un supuesto específico, el juez no puede ignorar su propia competencia y la existencia de dicho foro. Esto tiene como fundamento erradicar la existencia o rechazo al *forum non conveniens*, vale decir *un foro no conveniente o propicio*. A su vez, todo ordenamiento nacional determina sus *foros exclusivos* a través del enunciado de supuestos puntuales sobre determinada materia a fin de determinar expresamente las acciones en las que no ha de admitirse la participación de una jurisdicción foránea.

En conclusión, se procura conservar la distinción entre *foros exclusivos* que no pueden derogarse por obra de la voluntad de las partes y aquellos que admiten la validez de la *sumisión expresa como tácita en caso de derechos disponibles*, el mantenimiento del *domicilio del demandado* cuando se demuestre que se domicilia en el Estado o fuere la radicación de la sede social y la apertura de *foros especiales*, diferenciando el ámbito personal y familiar del puramente patrimonial.

En verdad, se trata de normas de conflicto *erga omnes*, pues rigen toda situación privada internacional, cualquiera fuere la nacionalidad o residencia de los litigantes, que, a su vez, erige el principio vertebral de grada constitucional: el de *igualdad de trato procesal*.

Las conexiones preferidas son la autonomía de la voluntad y la residencia habitual, siendo subsidiaria y confinada a puntuales supuestos la nacionalidad, como ocurre con las opciones testamentarias; es de hacer notar que la erradicación de la nacionalidad ha derivado de preceptos constitucionales relativos a igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros.

La jurisdicción internacional implica, en consecuencia, un tratamiento procesal doble o situaciones que a raíz de ella se presenten:

- Falta de jurisdicción internacional de los jueces nacionales que puede ser apreciada de oficio, ya que esta se erige como una cuestión de orden público.
- Falta de competencia invocada por el mismo demandado, vale decir, como forma subsidiaria.

En el primer supuesto, los jueces nacionales han de declararse incompetentes cuando la demanda interpuesta sea materia exclusiva de otro Estado, incluso por aplicación de las normas internacionalmente imperativas, de aplicación necesaria, que han de ser respetadas inexorablemente (Fernández Carrón, 2019).

Para el caso de no ser materia exclusiva, la declaración de oficio no es inmediata, pues el juez deberá admitir, en principio, la demanda y darle trámite a la espera de si el demandado se presenta y observar la actitud procesal que adopta. En caso de no presentarse y ser declarado en rebeldía, el juez continuará con el trámite y allí sí podrá declararse incompetente, pues la no presentación no involucra sumisión tácita a la jurisdicción.

En cuanto a la apreciación a instancia de parte de la falta de jurisdicción internacional, surge la figura de la declinatoria, prevista como el mecanismo de cauce único, común y genérico para promover la denuncia de la falta de presupuestos procesales referidos a la jurisdicción y competencia del juez.

Lo que debe quedar en claro es que la declaración de incompetencia operada de oficio, dado que las normas que delimitan la jurisdicción no otorgan competencia para asumir un caso concreto, no debe confundirse con una denegación de justicia (Espinar Vicente, 2014).

Entre los temas más controvertidos, se encuentra el control de la competencia judicial internacional (Espugles Mota e Iglesias Buhigues, 2013), y, en consonancia, es controlada de oficio o bien a instancia de parte, siendo el avasallamiento de la jurisdicción exclusiva del foro la primera razón de análisis como también de su rechazo.

En todos los casos en que el juez nacional reconozca su jurisdicción, es deber de máxima analizar si la futura sentencia por dictarse es susceptible de reconocimiento en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se encuentra convocado al caso.

Cabe ahora detenerse en el concepto y clases de actos procesales.

El proceso como tal es una serie o sucesión de actos, jurídicamente reglada, por la que se ejerce la jurisdicción o función consistente en resolver conflictos jurídicos mediante la aplicación al caso concreto de lo previsto por la reglamentación (Cubillo López, 2019).

Las actuaciones que componen el proceso se encuentran definidas legalmente, de manera que el proceso es una realidad de configuración eminentemente legal.

Se admite la comunicación telemática o electrónica cuando la administración de justicia en donde se actúe así lo permita y estipule. Si se requieren comunicaciones extras nacionales (notificaciones, obtención de pruebas en el extranjero), téngase presente que se carece de una plataforma digital oficial que permita su tránsito virtual y solo será factible por buena voluntad de ambas jurisdicciones.

Si diferenciamos formas procesales identificando a las *ordenadoras* como aquellas que impulsan el proceso, a estas les corresponde la *lex fori*, o sea, las normas procesales del juez que está entendiendo en el caso.

El recorte a la ley del foro se encuentra en las *formas decisorias*, pues estas, por su naturaleza, entran en la cuestión de fondo del caso, de manera que será de aplicación *la ley que rige al acto jurídico materia del proceso*.

En cuanto a la prueba se refiera, lo atinente a su producción, siendo esta una forma que ordena e impulsa el proceso, se regirá por la ley del fuero; su ofrecimiento y valoración, en cambio, quedarán comprendidos por la ley que rige al acto jurídico materia del proceso.

Como colofón, cabe mencionar que todo el proceso civil internacional estará imbuido del *principio de igualdad de trato procesal* y del *cumplimiento del due process clause*⁶.

b) Aspectos de resolución del caso con elementos extranjeros

Partiendo de la hipótesis de que el juez nacional se ha declarado con jurisdicción en el caso, ha de tomar conocimiento pleno de la cuestión de fondo u objeto de demanda.

La tendencia es dar al caso suficiente proximidad y reducción de costes conflictuales, lo que significa dar tratamiento simple a las cuestiones clásicas.

En verdad, las cuestiones clásicas son las que surgen por la naturaleza misma del caso con elementos extranjeros y que la disciplina provee como herramientas para su resolución. Se procura, y aún más en la actualidad, darle un tratamiento accesible basado, sobre todo, en lógica jurídica y, en lo posible, en lenguaje llano, sin por ello disminuir el tenor científico y debidamente fundado de todo acto procesal.

Al interiorizarse y detectar los elementos dispersos en el espacio jurídico reunido, ha de identificarlos y, además, ubicarlos en las categorías del derecho nacional. Estará entonces ante la problemática de *las calificaciones*. Tradicionalmente, se evocan dos vertientes sujetas a dos regímenes; como dependiente del derecho donde el elemento se originó, y será entonces conforme el criterio *lex civilis causae*, o bien calificar conforme al derecho material del juez que está entendiendo en el caso identificado como ley civil del foro o *lex civilis fori*.

Frente a ello, puede el juzgador detectar que el elemento calificado es un elemento desconocido y, en ese caso, podrá armonizarlo, de ser posible, o bien fundar su rechazo.

⁶ Cláusula del debido proceso.

El caso puede proveer dos relaciones jurídicas autónomas, pero concatenadas y estrechamente relacionadas, de manera que sea necesario formar una *cuestión previa, preliminar o incidental*. Son dos relaciones nacionales que se contactan, pues la nacida en el extranjero pretende invocar un derecho ante una jurisdicción nacional⁷.

El típico ejemplo aportado por nutrida y predecesora jurisprudencia expone una adopción otorgada ante una jurisdicción que, instituida como de filiación adoptiva, se presenta ante una jurisdicción extranjera a peticionar vocación hereditaria. También encontramos variables donde tiene mayor arraigo el criterio *real* o *procesal*, por el que será cuestión principal la acción base a la que arriba la incidental, y será derecho aplicable el señalado por la norma de conflicto del juez que está entendiendo en el caso. No obstante, existe tendencia a la teoría de la equiparación o independencia, por la que cada relación se regirá por el derecho de su pertenencia, tal como reza el art. 8 de la CIDIP sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado⁸.

Sobreviene la *aplicabilidad o inaplicabilidad del derecho extranjero* que, aun siendo *de oficio*, requiere de su prueba y anexión en cuanto a su texto, existencia, vigencia, alcance y sentido⁹.

Ya en esta instancia, el juez puede enfrentarse al *reenvío*, lo que implica el empleo de normas materiales (referencia mínima) o de normas de remisión o conflicto (referencia máxima)¹⁰. Con suma claridad, Arzubiaga Rospigliosi (2004) explica que la norma de derecho internacional privado se encarga de indicar la necesidad de resolver el conflicto por medio de una norma perteneciente a otro ordenamiento jurídico; es así como puede entenderse que la norma de remisión del juez a cargo de la causa señala de aplicación al derecho sustancial o interno del sistema foráneo, en cuyo caso se está frente a un envío. Si, en cambio, se aplicara una norma del derecho internacional privado extranjero, entonces puede aparecer un reenvío. Este, en los ordenamientos que lo convalidan, no tiene prosperidad si la autonomía de la voluntad se ha expresado; por ejemplo, si en un contrato las partes eligen el derecho aplicable, este ha de ser respetado, salvo que los cocontratantes incorporen otra cláusula en donde dejen expresamente plasmado que aceptan el reenvío.

El mecanismo de bilateralidad y remisión de las normas específicas de la disciplina puede ser alterado por el juzgador a través de una *cláusula de escape* o *cláusula de excepción*. Siempre y cuando la autonomía de la voluntad no se hubiere expresado, el juez puede desviar el envío o reenvío de la norma de remisión o conflicto haciendo lugar a la aplicación de un ordenamiento que tuviere contacto más estrecho con el caso¹¹.

⁷ Cabe hacer notar que el CCCNA no resuelve el tema de las calificaciones ni el de las cuestiones previas, con lo queda su resolución a criterio del juez interviniente.

⁸ Ratificada por la Ley 22.921.

⁹ Al respecto, véase el art. 2595 del CCCNA y la CIDIP sobre Prueba e Informe del Derecho Extranjero ratificada por la Ley 23.506.

¹⁰ Es incorporado por el art. 2596 del CCCNA en su referencia máxima.

¹¹ Así lo expresa el art. 2597 del CCCNA.

El circuito concluye cuando el juez detecta, en cualquier instancia del proceso y así lo vuelca en su sentencia, que el ordenamiento jurídico contactado es inadmisibile en cuanto a su aplicación; puede aparecer un supuesto de *fraude a la ley*¹² o bien de *orden público*¹³.

Una arista interesante ofrecen las *leyes internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata*¹⁴, que han de ser respetadas en todo su despliegue: las nacionales, las extranjeras y las de terceros Estados cuyos ordenamientos pudieran tener cercanía o interés con el caso.

2) Jurisdicción indirecta: Cooperación jurisdiccional internacional

Las comisiones rogatorias conforman el auxilio judicial internacional que conjuga las modalidades de comunicación entre autoridades con potestad jurisdiccional de distintos países, con el fin de llevarse a cabo diligencias o actos de comunicación.

El auxilio, también llamado «cooperación jurisdiccional internacional (CJI)», constituye un deber que obliga a la autoridad convocada, denominada «requerida», a cumplir con lo peticionado por su par extranjero, o sea, la «requerente», todo lo cual acarrea para la primera dos responsabilidades: cumplir con lo peticionado o no cumplir, pero, de ser denegado el pedido, deberá responder y fundamentar la razón por la cual no lo cumple.

Si se observa a la cooperación o auxilio jurídico internacional desde el ángulo del requirente, estamos frente a la cooperación «activa» y, vista desde el ángulo del requerido, será considerada «pasiva».

Se diferencia la asistencia de la cooperación aun cuando el objetivo o resultado sea el mismo, pues, en ambos supuestos, se trata de dar cumplimiento a una medida que excede al ámbito jurisdiccional local. A través de la asistencia, se abordan cuestiones de mero trámite, tales como citaciones, traslados y obtención de prueba de informes; son estrictamente dependientes de una acción principal iniciada ante la jurisdicción requirente; es más, el supuesto que la motiva no necesariamente es internacional.

Por su parte, la cooperación engloba medidas de mayor envergadura que incluso se movilizan de forma autónoma; tal el caso de la sustracción internacional de niños.

Se estipulan grados o estamentos; el primer grado se encuentra ocupado por las medidas de mero trámite, por ejemplo, citaciones, intimaciones, notificaciones, producción de prueba. Las de segundo comprenden a las medidas destinadas a personas o bienes, generalmente entendidas como medidas precautorias o cautelares; así la traba de un embargo, una inhibición general de bienes, una anotación de demanda. Mientras

¹² Art. 2598, 2600 con relación al 12 del CCCNA; art. 6 de la CIDIP sobre Normas Generales.

¹³ Entendido actualmente como un valor mutable.

¹⁴ Art. 2599 del CCCNA.

que las de tercer grado abarcan las destinadas a personas y a ejecución de sentencias, tales como restitución de un niño.

Finalmente, suele calificarse al mecanismo cooperativo internacional como jurisdicción indirecta en el sentido de la necesidad por parte del requirente en derivar la ejecución de determinada medida hacia una jurisdicción extranjera.

También, presente la igualdad de trato procesal, los principios de confianza en la jurisdicción requerida, eficacia y garantía son rectores de la entreayuda externa.

Considerando al CCCNA y al espacio brindado a la CJI, debe este observarse dentro de un contexto mayor; aun cuando su desarrollo no haya adquirido plenitud, reafirmo que opera como marco referencial y pongo de relieve el grado de apertura y colaboración de las autoridades argentinas hacia sus pares foráneas.

Para esbozar dicho espacio, no he de respetar en todo al orden dado en el Capítulo 2 destinado a delimitar la jurisdicción argentina, sino el que considero propicio para el mejor desarrollo del tema y, a su vez, permitirme relacionar la CJI correspondiente para los institutos individualmente considerados en el Capítulo 3, y vincular, por último, la fuente interna a la internacional de la cual sea parte nuestro país.

La vinculación entre fuente interna e internacional es de suma importancia, considerando que el Título IV del Libro Sexto inicia con jerarquía normativa en el art. 2594. Indica el paso inicial para resolver un caso con elementos extranjeros, pues, en función de la jerarquía o prelación de normas, si entre los ordenamientos vinculados no se cuenta con fuente convencional internacional, ingresan de aplicación las normas internas.

Entonces los principios generales en materia de CJI se encuentran en los arts. 2611 y 2612. Pero antes de ello, contempla la toma de medidas cautelares en su faz activa, pasiva y en la instancia de ejecución.

Si bien nuestro país cuenta con fuente internacional e institucional que tiene como objeto la toma de medidas cautelares, su presencia resulta siempre bienvenida por la difusión y empleo de las medidas de seguridad relativas a personas y bienes. Contenidas en el art. 2603, se redacta sobre la base de la unilateralidad; vale decir, detalla los supuestos en los que la justicia argentina puede entender, acotando acertadamente que la aceptación de jurisdicción para la toma de esta especie de medidas no genera jurisdicción futura con relación a actos y medidas posteriores vinculados al mismo caso. En verdad, se trata de otro de los caracteres que da cuerpo y solvencia a la CJI. Con su expresa inclusión, se reafirma, reitero, uno de los caracteres propios de la cooperación, que equivale a conservar la independencia de la jurisdicción requerida, pues el cumplimiento de una medida no compromete para la toma de otras relacionadas al mismo caso.

La fuente internacional vinculada se compone de un instrumento emanado de la Conferencia Especializada Permanente de la Organización de Estados Americanos, como lo es la Convención Interamericana sobre toma de medidas cautelares, ratificada por la Ley 22.921, siendo reflejo de ella, pero como expresión de derecho institucional destinado al Mercado Común del Sur, el Protocolo de Ouro Preto, ratificado por la Ley 24.579. En ambos documentos, se detecta una regulación plena de la especie contemplada con distribución

del derecho aplicable a su interposición y admisibilidad tanto como a su ejecución y a las escasas posibilidades de oposición a su cumplimiento por parte del requerido¹⁵.

Pero sin duda, la gran carencia es no haberse tratado con especial dedicación al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Empero, se bosquejan supuestos como el reconocimiento en el país de decisorios destinados a la niñez válidamente adquiridos en el país en donde la representación se ha generado, tal como lo prescribe el art. 2640. El supuesto contemplado reconoce una fuente internacional relacionada y de suma importancia: el Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental, ratificada por la Ley 27.237¹⁶, que ha de permeabilizar el tránsito extrafronterizo de decisorios que ocupen a los derechos de los niños una vez que ella sea reglamentada.

Como comentario de cierre con referencia a la toma de medidas cautelares y al reconocimiento y ejecución de sentencias, es también significativa la omisión del procedimiento arbitral. La explicación más cercana conduce a reparar que, en el Título IV, no se lo contempla y, en el sector material o interno, aparece el procedimiento arbitral dentro del área de los contratos al regular la cláusula compromisoria; pero en ninguna instancia, se detecta la variable internacional. A ello debe agregarse que el procedimiento de arbitraje adolece en determinadas instancias de potestad suficiente —*imperium*— a través del árbitro o del mismo tribunal arbitral, y precisamente, es el caso de la toma de medidas cautelares y del reconocimiento y ejecución de fallos arbitrales supuestos que hacen necesaria la intervención de la justicia estatal¹⁷.

Bajo otra arista, el Título IV enfocó las medias urgentes relativas al colectivo jurídico integrado por menores y adultos incapaces o con capacidad restringida; abarca no solo a la persona, sino también a su patrimonio; precisamente destina la Sección Séptima, puntualmente en el art. 2641, a su detenida reglamentación. Su incorporación expone una faceta de la cooperación bajo la óptica de sustentarse en normas de aplicación inmediata tuitivas de personas y bienes que se encuentran bajo su órbita legislativa de aplicación. Se deduce que puede tratarse de personas que se encuentran en tránsito por el país, de allí la obligación de comunicar la toma de una medida de seguridad de carácter urgente al país de la nacionalidad o de la residencia, según se trate de una persona extranjera o bien residente en el extranjero, pese a ser nacional argentino. Igualmente, la norma tutela los bienes, aun cuando las personas no se encuentren en el país. Visto así y relacionado al apartado antes analizado, igual potestad se reconoce al juez local de requerirlo a su par extranjero.

¹⁵ Con vigencia anterior, encontramos los *Tratados de Derecho Procesal Civil Internacional de Montevideo* de 1889 y de 1940. Fuentes vigentes y valiosas que han servido para la creación de los instrumentos mencionados.

¹⁶ Aún no reglamentada.

¹⁷ En 2018 adquiere vigencia la Ley 27.449 sobre Arbitraje Comercial; sin embargo, subsiste idéntica característica en cuanto a toma de medidas cautelares.

Un reconocimiento de sentencia extranjera de muy especial y preferente objeto se encuentra en el art. 2636, en donde se dan los lineamientos suficientes para dar eficacia en el país a una sentencia de adopción conferida en el extranjero.

III) Conclusión

Las situaciones privadas internacionales aparecen, por su propia naturaleza, conectadas con varios países o, por lo menos, uno y sus respectivos ordenamientos. La sentencia dictada por el juez nacional debe reunir *eficacia y tutela judicial externa* de manera que pueda ser reconocida o ejecutada en el Estado cuyo ordenamiento convoca el caso.

Los postulados del derecho internacional privado postmoderno son claramente perfilados por Michinel Álvarez (2011), que, entre un nutrido enunciado, destaca la función de la disciplina como un canal o vehículo de comunicación jurídica, a nivel teórico y práctico, que camina en paralelo con la interdependencia económica y social entre los Estados, necesitada de una interpretación normativa basada en un razonamiento flexible acorde con las nuevas normas de textura abierta.

Se impone la necesidad, como labor permanente, de trabajar en torno a la actualización y profundización de las soluciones dadas a los litigios suscitados que tengan por objeto relaciones privadas internacionales (Tellechea Bergman, 2017) que ha de redundar en resultados favorables a la realización transnacional del valor justicia.

Sabido es que la cooperación judicial internacional forma parte de los conflictos de jurisdicción y del derecho procesal civil en sí mismo (Boutin, 2006). La ayuda judicial, más allá de la frontera de origen, es también definida por su objeto, que en suma consiste en una extensión virtual de la jurisdicción del requirente hacia la del requerido, lo cual facilita el ejercicio de ambas competencias nacionales.

En aras del desarrollo progresivo, señalo dos aspectos que considero hoy ausentes y que claman por producción legislativa y por voluntad política de los Estados. A nivel nacional, se hace imperioso el dictado de una ley relativa tanto al proceso como a la cooperación jurisdiccional internacional, lo cual haría las veces de cobertura frente a la ausencia de fuente internacional. A nivel sobre todo regional, resulta también imperioso la creación de una zona interactiva que permita la transmisión virtual segura de las rogatorias internacionales.

Referencias

Arzubiaga Rospigliosi, A. (2004). *Derecho internacional privado*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Derecho, p. 320.

- Boggiano, A. (1997). *Derecho internacional y Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos*. Ius Inter Iura. Buenos Aires: La Ley.
- Boutin, G. (2006). *Derecho internacional privado*. Panamá: Edition Maître Boutin.
- Cubillo López, I. (2019). *Actos procesales, comunicación procesal y medios electrónicos*. Madrid: La Ley, pp. 19, 136.
- Espinar Vicente, J. M. (2014). *Doce lecciones sobre el derecho internacional privado español*. Madrid: Liceus, pp. 13, 45-54.
- Espugles Mota, C. e Iglesias Buhigues, J. L. (2013). *Derecho internacional privado*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 140, 141, 147.
- Estrada, G. (2016). *Interpretación Judicial Internacional*. México: Fontamara.
- Fernández Carron, C. (2019). *La jurisdicción y la competencia en el proceso civil*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, pp. 78, 79, 83, 89-91, 96-98.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2012). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Thomson Reuters, pp. 31-33.
- Michinel Álvarez, M.-Á. (2011). *El Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*. Madrid: Dykinson, pp. 6-10, 37-39.
- Tellechea Bergman, E. (2017). Necesidad de profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extrafronterizos en el ámbito interamericano. En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Paraguay, N.º 10, p. 29.

DE LA TRILOGÍA INFORMACIÓN, MEDIO AMBIENTE Y JUSTICIA

Claudia PORTILLO

*Abogada. Magíster en Relaciones Internacionales (UNLP), Especialista en Derecho de Familia (UCALP).
Profesora titular de Derecho Internacional Público de la UCALP.*

Néstor Raúl VERTUA

Abogado. Profesor asociado de Derecho Internacional Público de la UCALP. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UCA).

Resumen

El presente trabajo aborda la relación entre el derecho humano a la información y al medio ambiente sano, lo cual problematiza algunos aspectos del ejercicio del primero, de cara a las vicisitudes que en nuestro país se observan en torno al acceso a la justicia. Todo ello signado por un contexto mundial donde el acceso a información, como derecho, se ve entrecruzado por diversas cuestiones que dan cuenta de dimensiones políticas, económicas y tecnológicas que han de ponderarse. Para ello, se efectúa un repaso conceptual de esos tópicos y de las normas vigentes en la materia, y, desde una lectura crítica, intentaremos dejar planteadas las dificultades que se observan con relación al ejercicio de esos derechos.

Palabras clave: acceso a la información, medio ambiente, acceso a la justicia.

Abstract

The present work addresses the relationship between the human right to information and to the healthy environment, problematizing some aspects of the exercise, in the face of the vicissitudes observed in our country regarding access to justice. All this is marked by a global context where access to information, as a right, is intersected by various issues that account for political, economic and technological dimensions. To do this, a conceptual review of these topics and the regulations is done, from a critical reading, to try to pose the difficulties that are observed in relation to the exercise of those rights.

Keywords: access to information, environment, access to justice.

I. A modo de introducción

El objeto de estudio de este trabajo será el derecho a la información y su centralidad en el ámbito del derecho ambiental desde el punto de vista del derecho humano a un ambiente sano y a un desarrollo sostenible, relacionándolos, por último, con el acceso a la justicia. Con este objetivo, comenzaremos por efectuar un repaso conceptual del derecho al acceso a la información, así como también de las normas vigentes en la materia, a la luz de los estándares que rigen al respecto, donde se problematizan algunos aspectos que hacen al ejercicio de ese derecho en un contexto mundial que muestra, más que nunca, el entrecruzamiento de las dimensiones políticas, económicas y tecnológicas al momento de su ejercicio. Luego veremos cómo se relaciona con el derecho a un ambiente sano, analizando las articulaciones que se observan desde la óptica de los derechos humanos, su interdependencia e indivisibilidad.

Ya en el ámbito del derecho a la información ambiental, efectuaremos un análisis de la situación actual y daremos cuenta de la reseña de normas vigentes en la materia, tanto a nivel internacional como del derecho interno. En ese contexto, nos centraremos, especialmente, en un instrumento regional de carácter vinculante que ha tenido a nuestro país como uno de sus promotores. Se trata del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú, Costa Rica), suscripto en marzo de 2018¹, el que aún no ha entrado en vigor².

Por último, abordaremos el acceso a justicia en cuestiones que hacen al medio ambiente y su inexorable relación con el derecho a la información. Allí plantearemos algunas incógnitas en torno a su ejercicio, a la espera de que la enunciación de estas sirva de puntapié para otros abordajes.

II. Derecho humano a la información y derecho humano a un ambiente sano

Para encausar este trabajo, comenzaremos por definir, someramente, los derechos humanos a la información y a un ambiente sano.

Hablar y problematizar acerca del acceso a la información nos plantea, en la actualidad, al menos, tres ámbitos de debate que se entrecruzan y se entretajan, dados por lo jurídico, lo tecnológico y lo social. Veremos que, desde lo jurídico, y particularmente en el ámbito del derecho ambiental, los instrumentos que abordan la temática son abundantes, lo cual da pautas claras al accionar Estatal y muestra un profundo desarrollo del tema en los últimos veinte años. En cuanto a lo tecnológico, existen múltiples y variadas formas de acceder a la información que, además de acortar los tiempos de remisión, permiten, con escaso costo,

¹ Disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>

² El acuerdo establece que entrará en vigor cuando sea ratificado al menos por once países.

brindar en forma masiva información completa y en múltiples formatos. Desde lo social, somos partícipes de un momento histórico donde la información se aprecia al alcance de todas las personas y se percibe, en gran parte, en términos de poder. Sin embargo, como algunos autores han advertido, la multiplicidad de fuentes de información y «la inmediatez genera[n] una superabundancia de información que muchas veces resulta contraproducente a la implementación de lo que se entiende por participación pública de calidad»(Arias Mahiques, 2019, p. 114).

Este panorama plantea importantes desafíos, ya que esta cantidad y variedad de fuentes de información se inserta en un contexto mundial dado por el descrédito de las instituciones gubernamentales, el protagonismo de otros sujetos y actores de la vida política, económica y social, la banalización del conocimiento científico y el acento constante en la duda acerca de la veracidad o no de la información proveniente de fuentes oficiales, a las que se les otorga el mismo valor que a otras que no lo son.

Pensemos en un ejemplo: desde el 11 de marzo de 2020, fecha en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la existencia de una pandemia como consecuencia de la expansión y virulencia del coronavirus SARS-CoV-2, nuestras vidas, nuestras comunidades y el mundo cambiaron sin que sepamos en qué sentidos lo hicieron. Las medidas de aislamiento y distanciamiento social han realzado la importancia de los medios tecnológicos de comunicación y circulación de información; así, se produce, se circula y se consume a diario gran cantidad de material, por lo cual se confunde el oficial con el que no lo es, el científico con el de opinión, y da lugar a información que va cimentando, deliberadamente o no, verdades que no lo son tanto³. La toma de decisiones con base en esta información se torna dificultosa y, más aún, si con ella se espera una participación ciudadana de calidad en términos de incumbencias en procesos de evaluación de impacto ambiental, y un control democrático de las decisiones gubernamentales. Llevándolo al ámbito que nos ocupa, pensemos cuánto se ha dicho en este período de tiempo acerca de temas que tienen fuerte impacto en la preservación de un medio ambiente sano; en tanto, en el marco del debate sobre la COVID-19 y las medidas de aislamiento, se han abordado, directa o tangencialmente, temas como la deforestación, la biodiversidad, la seguridad alimenticia, la agricultura de proximidad, entre muchos otros.

Dicho esto, la premisa sobre la que trabajaremos es: el derecho al acceso a la información se ha complejizado sustancialmente y, con ello, el impacto que el ejercicio de tal derecho puede tener sobre el derecho a un ambiente sano.

En este marco, se torna necesario comenzar por lo más básico y es, justamente, recordar que el derecho a la información es un derecho humano y, como tal, es reconocido a toda persona por su condición de tal, imponiendo diversas obligaciones en cabeza de los Estados. Goza, en consecuencia, de las características que poseen los demás derechos de este tipo, esto es: universalidad, indivisibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad e

³ En este aspecto, toma relevancia el concepto de posverdad, de pos- y verdad, traducido del inglés post-truth, al que la RAE define como la ‘distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales’.

interdependencia entre sí, y son de aplicación a los fines de su interpretación y aplicación los principios de progresividad, de no regresividad y el propersona.

Un hito transcendental en su reconocimiento y desarrollo fue, sin duda, el fallo dictado en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde, por primera vez, un tribunal internacional refiere al derecho al acceso a la información como integrante del derecho a la libertad de pensamiento y expresión⁴, tanto como derecho individual, que implica la búsqueda y obtención de información, pero también como obligación del Estado en cuanto a garantizar su accesibilidad y difusión.

Tiene sustento en diversas normas del derecho internacional. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 4; la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— en su artículo 13 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2. Cabe poner de resalto que todas estas normas tienen en nuestro país raigambre constitucional desde el año 1994, ello merced a la jerarquía otorgada a los once instrumentos internacionales mencionados por el art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional, a los que, luego de la reforma, se les han sumado otros tres con idéntica jerarquía⁵. Merced a esos instrumentos, el Estado ha asumido obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos allí enunciados, por lo que, además, debe responder en el ámbito internacional. Estas obligaciones pesan sobre los tres poderes del Estado, y es con base en ellos que los jueces y juezas se encuentran obligados a realizar —incluso de oficio— un exhaustivo control de constitucionalidad y convencionalidad⁶. Más allá de estas normas, el reconocimiento del derecho humano a la información ha tenido diversos tratamientos legislativos, hasta llegar a la sanción de la Ley 27.275 que, en su artículo segundo, define el derecho de acceso a la información pública como aquel que: «comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7.º de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma.» y agrega:

⁴ Ver al respecto el fallo citado en su párr. 77.

⁵ Los instrumentos con jerarquía constitucional son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁶ Ver al respecto Corte IDH (2015). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: Control de Convencionalidad. Costa Rica. Este concepto surgió del voto del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack y Tibi*, y más adelante la Corte IDH precisa el mismo en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, del 26 de septiembre de 2006.

«Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta ley».

El reconocimiento normativo y su tratamiento jurisprudencial se vieron acompañados, en los últimos años, de diversas normas del llamado *soft law*, manifestaciones y estudios que expandieron su alcance y problematizaron las prácticas que conllevan su goce, lo que llegó incluso a que la UNESCO, en el año 2015, instaurara el 28 de septiembre como el Día Internacional del Derecho de Acceso Universal a la Información⁷.

Como dijimos, el acceso a la información implica los derechos a buscar, investigar, acceder, producir, analizar, recibir, acopiar, circular, procesar, reutilizar y difundir información, noticias, ideas y opiniones. Presume la posibilidad de solicitar el acceso a la información que se encuentre bajo el dominio del Estado, su control o custodia, la que goza de la presunción de publicidad, sin circunscribirse a la sostenida en documentos, sino, por el contrario, y con una mirada amplia, abarcando aquella plasmada en otros soportes, tales como videos, audios, fotografías o cualquier otro medio. Además de su vínculo con el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, resulta también el sustento necesario para poder ejercer otros derechos; reviste así carácter instrumental por permitir su satisfacción, su ejercicio y reclamación, al mismo tiempo que enriquece las expresiones culturales. Parte de la doctrina los denomina «derechos de acceso».

Más allá del reconocimiento normativo, es importante trasladar sus premisas a las prácticas, particularmente lo que hace al principio de máximo acceso y divulgación que implica la asunción de diversas obligaciones a cargo de los entes estatales. Así, en el marco de la buena fe y con cierta creatividad, deberán proporcionar no solo información veraz, completa, actualizada, sino también oportuna y en formatos aptos para el entendimiento de todas las personas y favorecer incluso la posibilidad de reutilizarla, todo ello garantizando su inclusión en formatos digitales de formato abierto. La información debe manejarse proactivamente y en ello entendemos, a la luz de las complejidades que mencionábamos en los primeros párrafos de este segmento, que debe contrarrestar aquella información circulante errónea, falsa, incompleta o confusa, lo que implica optimizar las vías de acceso a ella.

El derecho a la información hace a la construcción de una sociedad democrática y republicana que, bajo los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, permita y facilite el control democrático por medio de la participación ciudadana y del control social en la rendición de cuentas.

Ahora bien, en cuanto al derecho humano a un ambiente sano, este ha sido reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 11 y 12; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—,

⁷ Resulta por demás interesante el trabajo realizado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, titulado Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, del año 2007, disponible en: <http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

en su artículo 11; ambos de jerarquía constitucional como lo hemos mencionado. Por su parte, la reforma constitucional del año 1994 incorporó en su artículo 41 como derecho fundamental «gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras».

Como se ve, el derecho a un medio ambiente sano tiene dos dimensiones: individual y colectiva. La individual pone el acento en que, con su vulneración, puede afectarse directa o indirectamente a la persona en virtud a su conexidad con los derechos a la vida, la salud, la integridad personal, el desarrollo, la alimentación, el agua, entre otros; relación que, cabe poner de resalto, ha sido reconocida por la Corte IDH en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, sentencia del 3 de abril de 2009, serie C nro. 196, párr. 148⁸. Por su parte, la dimensión colectiva, que hace foco en que el derecho a un medio ambiente sano, «constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras», aspecto que el mismo Tribunal, en el marco de su competencia consultiva, ha desarrollado en ocasión de dictar la Opinión Consultiva OC-23/17, donde, en su párr. 62, afirmó:

Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.⁹

Queda claro en estas líneas cómo los principios que caracterizan a los derechos humanos se ponen en juego, particularmente en relación a la indivisibilidad, igualdad e interdependencia que los caracterizan, y así de qué manera el goce de unos o su menoscabo afecta el de los otros.

III. Reconocimiento del derecho humano a la información y del derecho humano a un ambiente sano por el derecho internacional y doméstico

El derecho internacional ha logrado un avance importante en el reconocimiento del derecho al acceso a la información, la participación y la justicia en cuestiones ambientales. Desde su incorporación como Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente, su desarrollo y progreso han sido alentadores no solo al incorporar instrumentos de carácter vinculante, sino también al reconocer su aplicación y obligatoriedad por parte de los tribunales internacionales.

Los derechos de acceso —en cuanto derechos civiles y políticos— posibilitan el logro de otros derechos enmarcados en la esfera de los derechos económicos, sociales y

⁸ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf

⁹ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

culturales, como en el caso del derecho a la salud, a un nivel de vida adecuado, al agua o al disfrute de un medio ambiente sano. Los derechos de acceso son esenciales para garantizar el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. De esta forma, el acceso a la información no es solo fundamental para proteger el derecho a la vida y a la seguridad en casos de degradación del ambiente, sino también para garantizar políticas ambientales sostenibles mediante una toma de decisiones fundamentada, inclusiva y participativa. Además, sin el acceso a la justicia, no se podrían salvaguardar los derechos a la información y a la participación en los asuntos ambientales. Así, los tres derechos de acceso se constituyen en elementos indispensables para lograr la realización de otros derechos humanos.

Es precisamente en este ámbito, el ambiental, donde se han consagrado los derechos de acceso, los derechos humanos y el medio ambiente. El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 establece que:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.¹⁰

Los elementos del Principio 10 han sido recogidos en múltiples acuerdos multilaterales ambientales, entre los que se puede mencionar:

- Programa 21 (1992)¹¹
- Declaración de Santa Cruz de la Sierra (1996)¹²
- Convención sobre el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia en la toma de decisiones en asuntos ambientales (Convención de Aarhus) (1998)¹³

¹⁰ Declaración aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro en junio de 1992. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1\(Vol. I\) &referer=/english/&Lang=C](https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1(Vol. I) &referer=/english/&Lang=C)

¹¹ Acuerdo aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro en junio de 1992. Los capítulos 23 a 40 tratan los temas relacionados con el acceso a la información y la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones. Disponible en: [https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1\(Vol. I\) &referer=/english/&Lang=C](https://undocs.org/es/A/CONF.151/26/Rev.1(Vol. I) &referer=/english/&Lang=C)

¹² Firmada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), estos se comprometen a apoyar y promover, como requisito fundamental del desarrollo sostenible, una amplia participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones, incluidos políticas y programas y su diseño, implementación y evaluación.

¹³ Aprobada en 1998 en la ciudad de Aarhus (Dinamarca), entró en vigor el 30 de octubre de 2001 y, a la fecha, cuenta con 47 Estados parte. Por su carácter vinculante, es considerado el primer instrumento de relevancia en promover los derechos de acceso a la información. La Convención confiere derechos a la población e

- Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones en Materia de Desarrollo Sostenible (2000)¹⁴
- Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur (2001)¹⁵
- Plan de Aplicación de las Decisiones de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo) (2002)¹⁶
- Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible (ILAC) (2002)¹⁷
- Declaración de Santa Cruz+10 (2006)¹⁸
- Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales del PNUMA (Directrices de Bali) (2010)¹⁹
- Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. OEA. AG/RES. 2607 (XL-O/10)²⁰
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) (2012)

La Conferencia Río+20 se realizó en Brasil, en el mes de junio de 2012. El resultado fue el documento «El futuro que queremos», que contiene medidas claras y prácticas para la implementación del desarrollo sostenible. La conferencia se enfocó en dos temas principales: la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y el marco institucional para el desarrollo sostenible. Entre las numerosas medidas, los Estados miembros acordaron en esta oportunidad iniciar el proceso para desarrollar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). El documento final de la Conferencia, en su párrafo 43, remarca *«que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible»*.

Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (2012)²¹

Como consecuencia de la actuación de los países latinoamericanos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), los Gobiernos de Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay firmaron la declaración en la cual se comprometen a elaborar e implementar un plan de acción 2012-2014, con el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como secretaría técnica, emulando a su par europea (CEPE)

impone obligaciones a los gobiernos y a las autoridades públicas en materia de acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales. Contempla un mecanismo innovador de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_en

¹⁹ Guía para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente («Las Directrices de Bali»)
 - Decisión SS.XI/5, parte A, del 26 de febrero de 2010. PNUMA.

en la celebración de la Convención de Aarhus. En el año 2014, se aprueba la Decisión de Santiago que da inicio a la negociación del instrumento regional.

Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (2015)

En vista de lo resuelto por la Conferencia Río+20, y continuando con la práctica llevada adelante por las Naciones Unidas mediante los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), en septiembre de 2015 la Asamblea General aprobó un nuevo plan de acción llamado: «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» (A/RES/70/1)²².

La agenda incluye 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas que constituyen la hoja de ruta que los países han acordado para los próximos 15 años. Los objetivos y las metas son universales, afectan tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo, son de carácter integrado e indivisible, y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se encuentra estrechamente vinculada con la calidad ambiental. Es así como cinco objetivos abordan expresamente temas ambientales, y el bienestar con base en el medio ambiente está presente en las metas de todos los demás objetivos. Además, el Objetivo 16 (promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas) plantea: 1) garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos; 2) crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas; 3) garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades; 4) garantizar el acceso público a la información, y 5) promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se encuentra contemplado por la Agenda 2030, al garantizar que toda persona tenga acceso a la información, participe en la toma de decisiones y acceda a la justicia en asuntos ambientales, en particular las personas y los grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y pobreza (CEPAL, 2018).

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú, 2018)

El Principio 10 de la Declaración de Río ha impulsado diversos avances en el desarrollo de los denominados derechos de acceso. En América Latina, el compromiso de los Estados

²² Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>

estuvo siempre presente, como puede apreciarse en los antecedentes mencionados a través de la acción de la OEA y la CEPAL.

El Acuerdo de Escazú es el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales. Se trata de un tratado de carácter vinculante para treinta y tres Estados de América Latina y del Caribe, que tiene como objetivo

garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Desde su celebración, se encuentra abierto a la firma de los Estados latinoamericanos en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York por un período de dos años, habiéndose designado como su depositario el secretario general de dicha organización.

Actualmente, cuenta con la firma de veintidós Estados, siendo ocho de ellos parte del tratado, y se espera que pronto alcance el undécimo instrumento de ratificación para su entrada en vigor²³. La República Argentina ha firmado el mencionado acuerdo; hoy se encuentra en tratamiento para su aprobación por el Congreso de la Nación²⁴.

El Acuerdo de Escazú recepta los principios básicos que deben orientar el diseño y la aplicación de las leyes y las prácticas pertinentes en la materia, elaborados por el relator especial sobre promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión Frank La Rue²⁵, las Directrices de Bali, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información pública y los estándares receptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo dado en el caso Claude Reyes (CorteIDH, 2006), y la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (CorteIDH, 2017).

De esta forma, el Acuerdo recepta, en su artículo 3, los siguientes principios que guían su aplicación: a) principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad; d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; y k) principio propersona.

²³ Ver estado del tratado (United Nations Treaty Collection). Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-18&chapter=27&clang=_en

²⁴ Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo núm. 155/19. Expediente núm. 206/19 del Senado de la Nación. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/206.19/PE/PL>

²⁵ Informe preparado por el relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de conformidad con la Resolución 16/4 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este está centrado, principalmente, en el derecho de acceso a la información y su relación con el derecho a la verdad. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/68/362>

En concordancia con dichos principios, el Acuerdo regula los derechos de: a) acceso a la información ambiental (Arts. 5 y 6); b) participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales (Art. 7), y c) acceso a la justicia en asuntos ambientales (Art. 8).

Como consecuencia de la participación de la sociedad civil y del público en general en la negociación del Acuerdo, se dedica especial atención a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. En este marco, los Estados deben facilitar y garantizar la asistencia y el acceso a la información de los grupos vulnerables y su participación en igualdad de condiciones.

Los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales se encuentran contemplados en el artículo 9 del Acuerdo, donde se establece que los Estados parte deben garantizar un «entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad». Su inclusión resulta innovadora para un tratado de estas características, pero no supone una sorpresa ante los graves casos de violación de los derechos humanos en la región²⁶.

Al igual que la Convención de Aarhus, se establece una Conferencia de Partes para examinar y fomentar la aplicación y efectividad del acuerdo, habiéndose celebrado su primera reunión en el mes de octubre de 2019 en Costa Rica²⁷. Por otra parte, se crea también el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento, con carácter consultivo, no contencioso, ni judicial o punitivo, para examinar el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y formular recomendaciones, conforme a las reglas de procedimiento establecidas por la Conferencia de las partes, asegurando una participación significativa de las personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional de los Estados parte.

El acceso a la información en la República Argentina

La participación activa de la República Argentina en los distintos foros internacionales tuvo su correlato a nivel local mediante la progresiva sanción de normas que reflejan ese mismo compromiso. La reforma constitucional del año 1994 abrió las puertas a una nueva realidad en materia de medio ambiente. A dos años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Rio de Janeiro, 1992), la Argentina incorporó en su artículo 41 el derecho a un ambiente sano:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

²⁶ Especial mención merece el caso de la ambientalista hondureña Berta Cáceres, asesinada en marzo de 2016.

²⁷ Primera Reunión de los Países Signatarios del Acuerdo de Escazú. San José, 11 y 12 de octubre de 2019. Disponible en: <https://acuerdodeescazu.cepal.org/s1/es>

El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

De esta forma, no solo se reconoce el derecho a un medio ambiente apto para el desarrollo humano —sin comprometer a las generaciones futuras—, sino que pone en cabeza del mismo Gobierno la obligación de informar y educar en materia ambiental.

Cumpliendo con la obligación de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos a nivel nacional, encontramos las siguientes leyes:

- Ley 25.612. Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios (3/7/2002).
- Ley 25.670. Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PBCs (23/10/2002).
- Ley 25.675. Ley general del ambiente (6/11/2002).
- Ley 25.688. Régimen de gestión ambiental de aguas (28/11/2002).
- Ley 25.831. Régimen de libre acceso a la información pública ambiental (26/11/2003)
- Ley 25.916. Gestión integral de residuos domiciliarios (4/8/2004)
- Ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global.

En la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 28 (que consagra el derecho ambiental) dispone que la provincia en materia ecológica deberá «garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales». A su vez, el artículo 38 declara que los consumidores y usuarios tienen derecho «a una información adecuada y veraz».

Los artículos 26 a 28 de la Ley 11.723 de Medio Ambiente de la Provincia de Buenos Aires regulan el sistema provincial de información ambiental, y disponen que las entidades oficiales tendrán la obligación de suministrar a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, la información de que dispongan en materia de medio ambiente, recursos naturales y declaraciones de impacto ambiental, pudiendo ser denegada cuando se le confiera el carácter confidencial.

Ley General del Ambiente (25.675)

En el año 2002, la República Argentina logró un gran avance en la regulación ambiental al sancionar su ley marco. La ley tiene como objetivo principal el de establecer los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Asimismo, establece como objetivo específico, el de «... organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma...» (art. 2 inc. I).

De esta forma, se determina que «las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan» (*rol pasivo* del acceso a la información); y que «todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada» (*rol activo* del acceso a la información) (art. 16).

Por otra parte, se establece la necesidad de desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible (tarea llevada adelante desde 1998 por el SIAN²⁸); encargando al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) la proyección y mantenimiento de un sistema de toma de datos sobre parámetros ambientales básicos (art. 17).

Es responsabilidad de las autoridades de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo Nacional debe elaborar un informe anual sobre la situación ambiental del país, que presentará al Congreso de la Nación (art. 18).

Régimen de libre acceso a la información pública ambiental (Ley 25.831)

Sancionada el 26 de noviembre de 2003, la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental regula el derecho de acceso a los datos que obren en poder de los sujetos obligados a proveer dicha información ambiental, a saber: 1.º el Estado; 2.º los entes autárquicos; 3.º empresas prestadoras de servicios públicos.

²⁸ Si bien la Ley 25.831 legisló sobre el libre acceso a la información pública ambiental en forma específica, puede mencionarse como un primer antecedente en esta cuestión a la Resolución N.º 459/1998 de la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable de la Presidencia de la Nación, que, conforme a los objetivos dados a dicha Secretaría mediante el Decreto N.º 146/98, crea el Sistema de Información Ambiental Nacional (SIAN). El SIAN es un sistema de representación federal encargado de recopilar y organizar la información ambiental con el fin de ponerla a disposición de: los organismos gubernamentales con competencias ambientales, de otras entidades gubernamentales y no gubernamentales, y de la comunidad en general.

Se define la información ambiental de dos maneras: 1) genérica: toda información relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. 2) en particular: el estado del ambiente o sus componentes, así como actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente. Las políticas, planes, programas y acciones de gestión ambiental.

El acceso es libre y gratuito. No se requiere acreditar razones ni interés determinado. Se exige una presentación formal de la solicitud, que deberá contener la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país.

Mediante el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), se establecen los criterios para los procedimientos de acceso a la información ambiental en cada jurisdicción, cooperando para facilitar su acceso y promoviendo la difusión del material informativo que se genere en las distintas jurisdicciones.

Ahora bien, el acceso a la información posee restricciones, por lo cual las autoridades deben fundar la denegatoria en las siguientes causales:

a) Cuando pudiera afectarse la defensa nacional, la seguridad interior o las relaciones internacionales.

b) Cuando la información solicitada se encuentre sujeta a consideración de autoridades judiciales, en cualquier estado del proceso, y su divulgación o uso por terceros pueda causar perjuicio al normal desarrollo del procedimiento judicial.

c) Cuando pudiera afectarse el secreto comercial o industrial, o la propiedad intelectual;

d) Cuando pudiera afectarse la confidencialidad de datos personales;

e) Cuando la información solicitada corresponda a trabajos de investigación científica, mientras estos no se encuentren publicados;

f) Cuando no pudiera determinarse el objeto de la solicitud por falta de datos suficientes o imprecisión.

g) Cuando la información solicitada esté clasificada como secreta o confidencial por las leyes vigentes y sus respectivas reglamentaciones.

La resolución de las solicitudes de información ambiental se debe llevar a cabo en un plazo de treinta (30) días hábiles, a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Se consideran infracciones la obstrucción, falsedad, ocultamiento, falta de respuesta en el plazo establecido, la denegatoria injustificada a brindar la información solicitada y todo acto u omisión que afecte el regular ejercicio del derecho. En estos supuestos queda habilitada una vía judicial directa, de carácter sumarísima ante los tribunales competentes.

Tratándose el derecho de acceso a la información de un derecho en constante evolución, la legislación argentina en material ambiental debe ajustarse a los nuevos principios receptados por el derecho internacional. El Acuerdo de Escazú es una muestra de ello.

Ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático-

co Global (Ley 27.520) y Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (Ley 26.331)

Si bien, desde el año 2003, existe una ley específica que regula el derecho de acceso a la información en materia ambiental, en diferentes oportunidades se ha incorporado su tratamiento como ocurre con la Ley de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global y la Ley de Protección de los Bosques Nativos.

La Ley 27.250 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar acciones, instrumentos y estrategias adecuadas de adaptación y mitigación al cambio climático en todo el territorio nacional; promueve la participación de todos los actores interesados. Para ello, se establece la obligación de facilitar y proporcionar asistencia a todos aquellos actores interesados, públicos y privados, para evaluar los impactos del cambio climático, facilitando los conocimientos, los elementos, las herramientas y los métodos de evaluación disponibles.

Todos los datos y documentación relacionados con la aplicación de la ley son considerados información pública ambiental en los términos de las Leyes 25.831 y 25.675

Por otra parte, la Ley 26.331 de Protección de Bosques Nativos establece que, en aquellos casos de desmonte de bosques nativos, deberá garantizarse el acceso a la información y, en particular, adoptarse las medidas necesarias a fin de garantizar dicho acceso a los pueblos indígenas, originarios, comunidades campesinas y otras relacionadas, sobre las autorizaciones que se otorguen, en el marco de la Leyes 25.675 y 25.831.

Acceso a justicia en cuestiones de medio ambiente y su relación con el acceso a la información

Hemos analizado hasta aquí los derechos al acceso a la información y las implicancias del derecho a un ambiente sano. Posteriormente, nos referimos a los instrumentos y normas jurídicas que, en los diferentes ámbitos, han aportado significativamente en el progresivo reconocimiento de estos derechos. Vimos cómo, paulatinamente, fue poniéndose el acento en la necesaria relación entre estos derechos, hasta llegar a reconocer al derecho al acceso a la información como condición necesaria a los fines de garantizar el disfrute de un medio ambiente sano.

Como se observa desde lo plasmado en la Declaración aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, y que se profundiza y desagrega en el Acuerdo de Escazú, la información oportuna y adecuada se torna imprescindible en diferentes momentos y situaciones que resulta necesario desagregar: a) en primer lugar, al momento de la toma de decisiones acerca de las actividades de los particulares que pudieren poner en peligro o dañar al medio ambiente; b) en segundo lugar, a los fines de garantizar la participación ciudadana en pos de adoptar o traccionar políticas ambiental eso proyectos sostenibles o, por el contrario, rechazar los que no lo sean, y c) en

tercer lugar, en oportunidad de judicializar un reclamo, garantizando el acceso a justicia ante el incumplimiento —por acción u omisión— o la violación de normas que hagan a la protección del medio ambiente. Son, claramente, tres momentos diferenciados que involucran a todos los poderes del Estado, según el caso, con preponderancia del Ejecutivo, Legislativo o Judicial. En los tres, se ponen en juego los principios preventivo y precautorio, así como también el de progresividad, pilares de todo el andamiaje jurídico aplicable a la temática. Cabe señalar que, a los fines de garantizar el acceso a la información en estos tres momentos, las estrategias y modalidades comunicacionales variarán considerablemente, del mismo modo que lo harán los interlocutores, el contenido y formato en el que la información será brindada.

Nos centraremos ahora en el tercer momento señalado anteriormente. La pregunta es, entonces: ¿Qué información hace falta tener al momento de incoar una acción judicial que tenga por objeto la protección del medio ambiente? Para comenzar, ha de dejarse en claro que el acceso a la justicia es una garantía y un derecho que permite reclamar, por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad, la protección de uno o varios derechos.

El acceso a la justicia hace al debido proceso²⁹ y, tal como lo sostuvo Antônio Augusto Cançado Trindade, es «el derecho a la prestación jurisdiccional —el derecho al Derecho—...»³⁰, encontrando sustento en las previsiones de los artículos 18 de la Constitución nacional; 8 inc. 1 y 25 de la Convención Americana; 2 inc. 3 y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, dictada por XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Al respecto, la Corte IDH ha dicho que el acceso a la justicia

constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo³¹.

²⁹ Ver al respecto Corte IDH (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 12: Debido proceso, San José, C. R.

³⁰ Op. cit. en Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), voto de Antônio Augusto Cançado Trindade, párr. 29, donde dijo «A mi juicio, el debido proceso requiere el acceso a la justicia (stricto sensu), así como la realización de la justicia (acceso a la justicia lato sensu) requiere el debido proceso. El derecho a la prestación jurisdiccional —el derecho al Derecho— sólo se materializa mediante la observancia del debido proceso legal, de los principios básicos que lo conforman. Es la fiel observancia de estos principios que conlleva a la realización de la justicia, o sea, a la plenitud del derecho de toda persona de acceso a la justicia. De ahí la ineluctable e íntima interrelación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, maximizando la protección de los derechos inherentes a la persona humana».

³¹ Cfr. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

El mismo Tribunal agrega que el acceso a la justicia constituye un pilar básico de la Convención Americana y del propio Estado de derecho en una sociedad democrática³², materializándose en un proceso con formato burocrático y ritual que, con miras a prestar una tutela judicial efectiva, debe garantizar su objetivo de manera rápida, sencilla e integral.

En tal sentido, el acceso a la justicia presume la existencia de recursos judiciales *de jure* y *de facto*, idóneos y efectivos, así como la implementación de políticas o programas que lo faciliten, lo cual elimina las barreras existentes o genera los ajustes necesarios y propende al sostenimiento del proceso, al logro de un pronunciamiento y de las condiciones necesarias para hacer efectiva la sentencia. Cobra así singular importancia el factor tiempo, ya que, en muchas oportunidades, de él dependerá el efecto útil de la sentencia judicial. ¿Hace al valor justicia una sentencia que no puede ejecutarse? ¿Es respetuosa de debido proceso y con ello del acceso a justicia? Entendemos que no. Al respecto, mucho se ha dicho acerca del concepto de plazo razonable, respecto del cual la Corte IDH sostuvo, en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas³³, que la duración de un proceso debe ponderarse a la luz de tres elementos que surgen en cada caso en particular, esto es: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; sumándose posteriormente un cuarto elemento en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas³⁴, que hace a la «afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso».

Ahora bien, dicho esto y habiéndonos detenido en las implicancias del derecho a acceder a la justicia, volveremos a abordar la relación entre los derechos a los que nos hemos dedicado. Así, la íntima relación que guardan el goce del derecho a un ambiente sano con el de acceder a información se replica con el acceso a la justicia. Dicho de otro modo, ante la conculcación del derecho a un ambiente sano, el Estado debe garantizar a los damnificados el acceso a la justicia y parte de ello lo hará brindándole la información suficiente como para que el reclamo por sus derechos pueda hacerse de manera eficaz y eficiente.

Este es el tercer momento del que hablamos al comienzo, ese donde el acceso a la justicia depende del acceso a la información y, de ambos, la recomposición o preservación del ambiente. Es que, si bien el acceso a la justicia y a la información van de la mano en cualquier tipo de reclamo de derechos humanos, en materia de medio ambiente y teniendo en cuenta que este es un bien colectivo —de objeto indivisible y genéricamente incluido entre los derechos de incidencia colectiva³⁵—, siendo enjuiciables colectivamente, el conocimiento acerca de la existencia o no de actuaciones judiciales que aborden la misma

³² Ver caso *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, párr. 82, y caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, párr. 174.

³³ Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30178. 77.

³⁴ Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

³⁵ Ver al respecto CSJN «Halabi» (Fallos 322:111). Son enjuiciables colectivamente por considerarse de incidencia colectiva, además de los derechos indivisibles —difusos y colectivos—, los individuales homogéneos.

temática resulta de vital importancia. Ello en tanto que los legitimados pueden ser varios, esto es, desde una persona, grupos de estas, organizaciones no gubernamentales e incluso entes estatales, y las sentencias que allí se dicten tendrán efectos expansivos, en tanto que el resultado de ese proceso podrá, potencialmente, beneficiar a todo el colectivo.

En tal contexto, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado y las formas que adquiere el litigio colectivo, contar con información oportuna se torna vital, especialmente cuando, en la mayoría de los casos, se ponen en juego los principios preventivo y precautorio y, con ello, la tutela de urgencia que impone acelerar los tiempos y evitar las dilaciones que engendra la multiplicidad de procesos sobre un mismo tema. *Esesencial*, entonces, al momento de pensar en accionar judicialmente por violación al derecho a un ambiente sano, contar con información acerca de otros procesos que tengan objeto similar, aborden el mismo hecho, derecho o interés colectivo invocado o afecten de manera total o parcial al mismo colectivo. Cabe poner de resalto que esa información puede resultar de difícil localización, ya que son varias las vías judiciales que existen para tutelar los derechos en juego. De la misma manera, pueden verse involucrados varios fueros —contencioso administrativo, civil, penal (incluido la justicia contravencional)—; y, según el bien jurídico tutelado, podrán intervenir órganos de la justicia provincial o federal; así como también podrán tramitar por medio de distintos tipos de proceso —amparos, habeas data, acciones de inconstitucionalidad o de nulidad, daños y perjuicios, entre otros—.

Como solución a tamaña dispersión de la información vinculada a este tipo de procesos, y con miras a garantizar el acceso a justicia en cuestiones ambientales, se han instaurado, desde hace algunos años en cabeza de los Poderes Judiciales, diversas medidas que tienden a publicitar de manera masiva y accesible los fallos o dictámenes³⁶. Por otra parte, se han multiplicado los llamados a audiencias públicas, lo que permite la participación y la visualización de ellas por medios masivos³⁷.

Sin perjuicio de esos significativos avances, entendemos que una de las herramientas más interesantes en la materia resultan ser los registros de procesos colectivos. Tal es el caso del Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva, creado por la Acordada 3660, que funciona en la órbita de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desde el año 2013 y en el que quedó subsumido el creado por el artículo 21 de la Ley 13.928 (texto s/ Ley 14.192) y, en la órbita nacional, el creado por la Acordada 32/2014 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ambos tienen por objeto anotar e informar acerca de procesos tramitados en sendas jurisdicciones que aborden la tutela de bienes colectivos o de derechos individuales homogéneos; se deja constancia no solo de los datos de radicación de esos procesos, sino también de las medidas cautelares dictadas y las sentencias definitivas. Esta información no solo está al alcance de los juzgados

³⁶ A modo de ejemplo acerca de esa variedad, ver *El Derecho a un ambiente sano*, Cuadernillo nro. 10 de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2018), disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/wp-content/blogs.dir/66/files/2018/08/DDHH-cuadernillo-10-Medio-ambiente-sano-1.pdf> Ver también <https://www.cij.gov.ar/nota-32917-La-jurisprudencia-ambiental-de-la-Corte--en-un-libro-digital.html>

³⁷ Ver a modo de ejemplo: <https://www.cij.gov.ar/cijtv/>

intervinientes, sino también de cualquier persona que desee conocerla, en forma rápida y gratuita³⁸; ello les permite, según el caso, beneficiarse de una sentencia ya dictada, sumarse a un proceso ya iniciado o utilizar el antecedente en su beneficio o como fundamento de reclamos administrativos o reclamos sociales que tenga por norte la aplicación de políticas públicas dispuestas que, instaladas por actos administrativos o normas legales, coadyuven a la materia.

Conclusión

Como se ha visto, la evolución del derecho internacional ha permitido consolidar los derechos de acceso (acceso a la información, a la participación y a la justicia en cuestiones ambientales). Tanto la jurisprudencia como los acuerdos internacionales fueron dando muestra de la íntima relación que estos derechos poseen y, con ello, la importancia en el reconocimiento y garantía por parte de los Estados. Desde su incorporación al Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 hasta la firma del Acuerdo de Escazú, progresivamente su alcance permitió avanzar en el disfrute a un medio ambiente sano.

En el orden interno, tanto la legislación como la jurisprudencia demuestran un tránsito progresivo hacia el desarrollo de los derechos de acceso; resulta fundamental para dicho proceso la ratificación del Acuerdo Escazú, que recoge los últimos avances logrados en la materia. Esto, conjuntamente con su jerarquía supralegal, permitiría consolidar los esfuerzos que, como se ha visto, se proponen garantizar.

Entendemos que la incorporación de nuestro país al Acuerdo de Escazú marcará un nuevo avance en la materia que deberá ser acompañado, no solo de normas internas que adecuen algunos procedimientos, sino también de la modificación de algunas prácticas que fortalezcan la capacidad participativa de toda la población, incluidas aquellas que tiendan a nivelar las posibilidades de participar de aquellos grupos desaventajados. En tal sentido, ha de ponerse el acento en el tratamiento de esta temática con relación a los pueblos originarios, instaurando procedimientos respetuosos de la diversidad cultural y lingüística, previendo mecanismos de divulgación de la información que garanticen su entendimiento y dando lugar a los reclamos en sus múltiples formas, incluido el reclamo judicial.

Bibliografía

Arias Mahiques, M. V. (2019). Acceso a la información, transparencia activa y el sistema interamericano de derechos humanos: La acción sinérgica de las normas. *Revista de Derecho Ambiental*, 60, 114.

³⁸ Ver al respecto en: <http://www.scba.gov.ar/servicios/incidencia/incidencia.asp>

- Comisión Económica para América Latina (CEPAL). (2013). Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas. Santiago de Chile: Naciones Unidas. (LC/L.3549/Rev.2).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). (2015). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: Control de Convencionalidad*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 12: Debido proceso*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>

CONTRATO DE LOCACIÓN: EL CANON EN LA NUEVA LEY DE ALQUILERES (LEY 27.551)

Dr. Nicolás Jorge Negri

Profesor adjunto de Derecho Civil III – Contratos, UCALP. Profesor adjunto de Derecho Privado II – Obligaciones, UNLP.

Resumen

El contrato de locación tiene un elemento esencial que es el precio. Los efectos de la inflación conmueven el carácter conmutativo y, por ende, la justicia contractual, pero además afecta el derecho fundamental del acceso a una vivienda digna. La admisión de la indexación de precios sancionada por el legislador procura resolver los intereses en juego. Asimismo, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del locatario, la Ley 27.551 prevé que determinadas cargas y contribuciones estén a cargo del locador.

Palabras claves: locación, precio, indexación, actualización, cargas, expensas.

Abstract

The lease contract has a fundamental element that is the price. The effects of inflation affect the commutative nature and, therefore, contractual justice, but it also affects the fundamental right of access to decent housing. The admission of price indexation sanctioned by the legislator seeks to resolve the interests at stake. In addition, taking into account the vulnerability of the tenant, the Act 27.551 provides that certain charges and contributions are the responsibility of the landlord.

Keywords: lease, price, indexation, upgrade, loads, charge.

Sumario: § 1. Introducción. § 2. Canon locativo y el alquiler. Precisiones conceptuales. § 3. Precio de la locación (alquiler) y la facultad de su indexación. a) La reforma. b) Vigencia de la ley 27.551. c) Ámbito de aplicación: supuestos normativos (casos). § 4. Canon locativo. Quid de las cargas y contribuciones. § 5. Efectos. § 6. Apreciación conclusiva.

§ 1. Introducción

El contrato de locación de cosas regula una de las relaciones jurídicas con mayor vitalidad del derecho privado contemporáneo (Borda, 1990); presenta un amplio campo de aplicación con enormes repercusiones económicas y sociales, y una acelerada evolución (Lorenzetti, 2007; Negri, 2017)¹.

En el supuesto de la locación de inmuebles urbanos con destino a la habitación, se halla implicado —además— el derecho fundamental de acceso a una vivienda digna, lo cual constituye un bien básico de la persona humana que merece una especial protección o tutela (arts. 14 bis y 76 inc. 22, Const. nacional; art. 25 inc. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XXIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 51, CCCN)².

El «tipo» contractual (Larenz, 2010; Rezzónico, 1985 y 1990) presenta un elemento *esencial*: la obligación del locatario de pagar el precio en dinero (arts. 1184 y 1208, CCCN)³. Sin precio, dice Salvat (1946, p. 361) “*podrá haber un contrato de donación o de comodato o un contrato innominado, según las circunstancias, pero el contrato de locación no existirá*”.

El Código se ha limitado a exigir el pago de “un precio en dinero” (art. 1187, CCCN), sin establecer mayores precisiones en otras disposiciones de la locación, por lo que, a falta de ellas, es necesario integrarlas, conforme establece el mismo Código (art. 1187, 2º párr.), con las dispuestas en la compraventa (arts. 1133 a 1136, 1141 inc. a, 1143 y 1144, CCCN).

Además, a los efectos de su adecuada interpretación, cabe tener en consideración que el precio constituye el fin o interés que el locador ha tenido en mira al contratar; es la contraprestación por el uso y goce que recibe el locatario del arrendador (*cfr.* arts. 1061 y 1187, CCCN)⁴.

¹ En el derecho privado, la tendencia es profundizar el principio protectorio de la parte débil, acentuando el control de contenido del contrato, principalmente lo atinente a las cláusulas abusivas. Un aspecto de mayor interés es el intento de reforzar el derecho del locatario, al dotarlo de características propias de los derechos reales, y de ampliar la figura del locatario para extenderla al «grupo conviviente», no contratante (Díez-Picazo, 2010). A ello añade que, en el ámbito empresarial, la locación —como contrato de consumo— exhibe un amplio desarrollo en la economía actual, ya que el propietario privado y aislado que tuvo en miras el codificador de fines de siglo XIX ha sido sustituido por la empresa que utiliza ampliamente la locación como instrumento de rentabilidad de sus negocios y de penetración en los mercados (Lorenzetti, 2007).

² Los Fundamentos del Código dicen que: «*El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales*», lo cual se corresponde con el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado (Rivera, 1994; Mosset Iturraspe, 2011). Sobre la influencia de la Constitución —bajo una perspectiva personalista— en el derecho privado (obligaciones y contratos), en el derecho italiano, véase Fava (2008). Esta inquietud ha derivado en procesos de reforma constitucional que tuvieron lugar en la posguerra, en los cuales se incorporaron a las constituciones materias que interesan directamente al derecho privado y que pasaron a revestir jerarquía constitucional (Aparicio, 2016). En cuanto a las acciones positivas y el deber del Estado, véase lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la colección Fallos, tomo 335, página 452.

³ Sobre el desarrollo del tipo puede profundizarse en Borda (1990), López de Zavalía (1992); Messineo (1971); Hedemann (1958); Moeremans (2015b) y Negri (2017).

⁴ Véase la n. 778 de Borda (1990).

§ 2. Canon locativo y el alquiler

a) Precisiones conceptuales

El vocablo *precio*, empleado para conceptualizar la obligación principal o nuclear a cargo del locatario, en el contrato de locación, es un término ambiguo, puesto que el lenguaje técnico empleado por las leyes no se corresponde siempre con el usado en el lenguaje común o vulgar e, incluso, en la práctica de redacción de contratos (Grajales y Negri, 2014).

Por ello, inicialmente, corresponde hacer la siguiente aclaración.

El canon locativo no solo puede comprender, en el significado jurídico, el «precio» de la locación (esto es, el pago del «alquiler»), sino que también puede alcanzar a toda otra prestación de pago periódico convenido entre las partes. En otras palabras, el concepto de *canon locativo* es más amplio que el de *alquiler*, que únicamente comprende el precio de la locación o arrendamiento. De esta manera, el canon puede estar integrado —además del precio de la locación— con el pago de los servicios de agua corriente, electricidad, gas, telefonía fija, servicio de cable o de internet, etc., que hayan sido pactadas —expresamente— a cargo del locatario.

b) Caracteres del precio

El precio de la locación debe ser *cierto* (determinado o determinable); deber ser *serio* (real o sincero) y, finalmente, debe ser *en dinero*, en consonancia con las normas establecidas para la compraventa, según la remisión antes señalada que ha dispuesto el mismo Código (*cf.* arts. 1133, 1134, 1187 y 1208, CCCN)⁵.

i] Que sea *en dinero* conlleva que el precio sea en moneda de curso legal, o bien, en monedar extranjera (art. 765, CCCN; Ley 1130 —pesos oro—). El pago puede ser tanto «en efectivo» como a través de las modalidades previstas por el ordenamiento jurídico: depósitos en cuentas de entidades financieras, giros o transferencias bancarias, cheques, tarjeta de crédito, compra o débito, etc. (Leyes 24.452, 25.345; Decreto 363/02 y *cf.* Spota, 2009).

ii] Que sea *cierto* significa que la determinación del precio no quede librada al azar, o a la mera voluntad de alguna de las partes⁶. Ordinariamente, las partes lo fijan en una

⁵ Para profundizar véase Salvat (1946); Spota (2009); Lorenzetti (2007); Leiva Fernández (1985).

⁶ En relación a los supuestos previstos por el art. 1133 de la compraventa son los siguientes: a) suma de dinero determinada por las partes; b) precio determinado por un tercero; c) precio fijado con referencia a otra cosa cierta; y d) fijación de procedimiento para determinar el precio. El primer supuesto es la hipótesis más frecuente: los contratantes establecen el valor de la cosa vendida en una suma concreta y determinada. El segundo caso es usual en determinado tipo de ventas, cuando por el valor o tipo de cosa vendida se requiere la intervención de terceros especializados en tasar o valuar el bien objeto del contrato (inmuebles, acciones o participaciones societarias, etc.). El tercer supuesto es aquel fijado según el valor de otra cosa cierta que le sirve de referencia (por ej., la venta de un campo por el mismo precio pagado por el del vecino (Salvat); vendo el automóvil Chevrolet modelo 1952 al precio a que está en el taller X (Zavala Rodríguez).

suma exacta de dinero; en los inmuebles con destino a la vivienda por mes; en los arrendamientos rurales por año (Salvat, 1946)⁷. En este sentido, no habría precio válido si dependiera del valor de determinadas reparaciones a efectuarse en el inmueble (Leiva Fernández, 1985). Tampoco es válida la modificación unilateral del precio en la etapa de cumplimiento (Lorenzetti, 2007).

iii] Que sea *serio* implica que el precio no sea simulado ni irrisorio, sino razonable de acuerdo con los criterios vigentes en el mercado o plaza donde se ubique el inmueble; caso contrario, sería una donación o un comodato (Salvat, 1946). Si fuera vil, podría configurarse el vicio de lesión (art. 332, CCCN).

§ 3. Precio de la locación (alquiler). La facultad de su indexación

a) La reforma

El art. 14 de la Ley 27.551 establece el derecho de ajustar el precio de la locación, al exceptuar a este tipo contractual de los alcances de la Ley de Convertibilidad (arts. 7 y 10, Ley 23.928, modif. 25.561). Ello responde al contexto actual de una economía, claramente afectada por el fenómeno inflacionario⁸.

Así pues, el art. 14 dispone:

Ajustes. Los contratos de locación, cualquiera sea su destino, están exceptuados de lo dispuesto en los artículos 7° y 10° de la Ley 23.928 y sus modificatorias.

En los contratos de locación de inmuebles destinados a uso habitacional, el precio del alquiler debe fijarse como valor único y por períodos mensuales, sobre el cual solo pueden realizarse ajustes anuales. En ningún caso se pueden establecer bonificaciones ni otras

Y la cuarta hipótesis es aquel en que las partes prevean un mecanismo o procedimiento para fijar el precio de la venta (por ej., los supuestos de los arts. 1353 y 1354 del Cód. Civil derogado, cuando se acudía al valor corriente de plaza, de un día determinado; *cfr.* Salvat (1946) y Esper (2014) en el comentario al art. 1133.

⁷ El autor considera que no es correcto el criterio de algunos autores que enseñan que el precio pueda estar librado a la determinación o modificación del locador, pero esta solución —dice Salvat— es inexacta, porque ella conduciría a dejar librado un elemento esencial del contrato a la libre apreciación de una de las partes. Y añade: «Puede aun ocurrir que el locatario haya entrado en el uso y goce de la cosa alquilada, sin fijarse directamente el precio ni dejarlo librado a la determinación por un tercero. En nuestro concepto, no habría en tal caso contrato de locación, por falta de precio, pero el locador tendría derecho a una indemnización por el uso y goce de la cosa: esta indemnización tendría que ser fijada por el juez, no en el carácter de precio de locación, puesto que tal contrato, como decimos, es nulo, sino en el carácter antes expresado, es decir, como indemnización» (Salvat, 1946, pp. 362-363).

⁸ Pizarro y Vallespinos (2017, pp. 402-403) definen a la inflación como «el aumento sostenido del nivel general de precios». Uno de los efectos jurídicos negativos es la pérdida de la función del dinero como instrumento de cambio y como medida de valor de bienes. También Moeremans (2015a), Borda (1990). López de Zavalía consideraba inconstitucional, por irrazonable, la regla del art. 7 de la ley 23.928 a la locación (decía «por ley no se puede prohibir la sequía, y sería irrazonable vedar las cláusulas contractuales que la previeran; así tampoco, por ley, se puede prohibir que se produzca el fenómeno inflacionario, que responde a diversas variables, no todas controlables por el Estado...» (López de Zavalía, 1992, p. 81).

metodologías que induzcan a error al locatario.

A los fines dispuestos en el párrafo anterior, los ajustes deben efectuarse utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIpte), que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

Esta norma, que afecta a la locación en general, no se halla incorporada en el Código Civil y Comercial, sino que permanece de forma asistemática en esta ley especial, lo cual es cuestionable, en la medida en que el Legislador ha procurado la «recodificación» del derecho privado (Irti, 1992)⁹.

b) Vigencia de la Ley 27.551

La nueva Ley rige para los nuevos contratos, es decir, para aquellos que han sido celebrados a partir del 1 de julio de 2020 (no tiene efecto retroactivo).

En efecto, la cláusula transitoria prevista en el art. 23 de la Ley 27.551 establece que las disposiciones de la nueva Ley «serán aplicables para los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigencia». Y como la Ley fue publicada el día 30 de junio de 2020 en el Boletín Oficial, y en la primera parte ordena que la vigencia de la ley comienza «el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial», la aplicabilidad del art. 75 del Código Civil y Comercial es para aquellos contratos celebrados desde el 1 de julio de 2020.

c) Ámbito de aplicación: supuestos normativos (casos)

El art. 14 de la Ley 27.551 contempla dos supuestos normativos (*fattiespecie*) o, mejor dicho, una regla general, que exceptúa la prohibición de indexar el precio del alquiler a todas las locaciones (primer párrafo), y un caso especial de ajuste para aquellos contratos que tengan por objeto la locación de inmuebles destinados al uso habitacional, segundo y tercer párrafos (conf. Negri, 2016; Grajales y Negri, 2016; Betti, 1959; Barbero, 1967; Messineo, 1971; Cataudella, 1967).

Ello implica que la locación, «cualquiera sea su destino» y, añadido, «cualquiera sea su objeto», vale decir: mueble o inmueble (por ejemplo, una herramienta, un automóvil, un buque, un vestido, una casa, un departamento, etc.), tiene un régimen de excepción general, habida cuenta de que la Ley no distingue ni excluye expresamente; y otro régimen para las que tenga como destino el uso habitacional de inmuebles. Veamos:

i) «Cualquiera sea su destino», excepto el habitacional de cosa inmueble

⁹ La obra Irti (1992) recoge una serie de ensayos que datan de la década del setenta del siglo pasado). Cfr. Rivera y Covi (2016) y Rivera (2020).

Pues bien, para el primer caso, es válido acordar cualquier índice de actualización monetaria. A estos pactos se los denomina también «cláusulas de ajuste» del monto de la obligación de dar sumas de dinero al momento o época del pago, previéndose una referencia al valor en relación a otros bienes, de acuerdo con determinados indicadores (Llambías, 2005; Zannoni, 1977; Trigo Represas, 1978)¹⁰.

Estas cláusulas suelen disponer el reajuste conforme a los estándares más variados: el valor del oro; o de una moneda extranjera reputada estable, como el dólar; o según el precio de ciertos productos básicos como el carbón, el trigo o el hierro; o en función del nivel general de precios que indica, según las estadísticas, el costo de la vida (INDEC). Todas esas cláusulas tienen de común que persiguen el mantenimiento de la ecuación económica inicial, existente entre las partes, y procuran que el acreedor reciba y el deudor entregue un valor real, y no nominal, que sea equivalente al originario, lo cual se logra por su comparación con los demás bienes (Llambías, 2005; Compagnucci de Caso, 2018).

ii) «Locación de inmuebles destinados a uso habitacional»

Este supuesto normativo presenta tres restricciones, a saber:

1] «valor único»: se prohíbe —por ende— el precio «escalonado», de gran uso en los tiempos de inflación (Lorenzetti, 2007; Leiva Fernández, 1985);

2] «períodos mensuales»: mantiene el régimen del Código establecido en el art. 1208, última parte, y el contemplado en el art. 6 de la Ley 23.091 (Spota, 2009).

3] realizar «ajustes anuales»: dispone de un régimen propio e imperativo.

Así pues, en el último párrafo prevé:

... los ajustes deben efectuarse utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE), que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

Si este ajuste (mediante la aplicación de esta combinación de índices) es justo y razonable, deberá ser objeto de análisis *ex post facto*, puesto que, en abstracto, sin conocer la realidad económica que atravesará la vida del contrato, no resulta posible ni serio, sobre todo en momentos de grandes inestabilidades (sea por causa económicas o exógenas a ella, por ej., la pandemia ocasionada por la COVID-19). No obstante, sí puede decirse que el locador-acreedor deberá esperar más de doce meses —hasta que el BCRA publique el índice— para poder aplicar la indexación del precio del alquiler, lo que hace cargar a dicha parte el esfuerzo inflacionario o depreciación monetaria.

¹⁰ Pizarro y Vallespinos las definen como «aquellas que insertan las partes en los actos jurídicos, con la finalidad de preservar en forma progresiva y real el valor de las obligaciones dinerarias que se proyectan en el tiempo y de sustraerlas del rigor del principio nominalista» (Pizarro y Vallespinos, 2017, p. 444).

¿Puede sortearse esta reglamentación? La autonomía privada, en la medida en que no contravenga el orden público (arts. 12 y 958, CCCN; véase Stiglitz, 2014), puede estipular la manera más conveniente a sus intereses, el reglamento contractual (Alpa, 2015; Roppo, 2009).

Al respecto, podría convenirse la incorporación —*ab initio*— del efecto inflacionario en el precio del alquiler, según las previsiones económicas; o una modificación —de común acuerdo— con posterioridad a la celebración del contrato; o bien convenirse el precio en alguna moneda extranjera, con la facultad del deudor-locatario de abonarla en moneda de curso legal (*cfr.* art. 765, CCCN); o en «argentino oro» (Ley 1130); o una corrección mensual del precio por aplicación de intereses (art. 767, CCCN); etc. (Zannoni, 1977; Salvat, 1946; Borda, 1990; Leiva Fernández, 1985; Pizarro y Vallespinos, 2017).

§ 4. Canon locativo. Quid de las cargas y contribuciones

Además del precio de la locación (ver punto 2), el canon puede comprender otros conceptos. A esta temática se refiere la reforma.

El art. 8 de la Ley 27.551 introduce una modificación importante al art. 1209 del Código Civil y Comercial.

Dispone:

Artículo 1209: Pagar cargas y contribuciones por la actividad. El locatario tiene a su cargo el pago de las cargas y contribuciones que se originen en el destino que dé a la cosa locada. No tiene a su cargo el pago de las que graven la cosa ni las expensas comunes extraordinarias. Solo puede establecerse que estén a cargo del locatario aquellas expensas que deriven de gastos habituales, entendiéndose por tales aquellos que se vinculan a los servicios normales y permanentes a disposición del locatario, independientemente de que sean considerados como expensas comunes ordinarias o extraordinarias.

i) Cargas y contribuciones originadas por el destino de lo cosa arrendada

La Ley 27.551 mantiene el primer párrafo originario del Código (Ley 26.994), estableciendo que las cargas y contribuciones originadas por la actividad desarrollada en el inmueble locado (por ej., impuesto por ingresos brutos, tasas municipales, servicios de electricidad, etc.) son a cargo del locatario; de la misma manera que lo preveía el art. 1503 del Código Civil derogado (Salvat, 1952; Rezzónico, 1969)

ii) Cargas y contribuciones que gravan la cosa

Esta segunda parte del artículo también es, en principio, idéntica a la del texto originario. La locación es ajena a los hechos imponderables vinculados con la posesión o

derecho real de dominio, por lo que no resulta lógico que el locatario cargue con estas obligaciones.

Sin embargo, en la parte final añade: «ni las expensas comunes extraordinarias». Esta previsión es una consagración de la práctica habitual de la locación, pero de alguna manera quiere garantizar los abusos que eventualmente puedan incurrir en la materia. Cabe anotar que resultará de gran transcendencia la clara y correcta liquidación de las expensas ordinarias y extraordinarias, por parte del administrador del Consorcio, para no desvirtuar el espíritu del legislador (arts. 2046, 2048, 2050, 2056 inc. g, 2067 inc. d, 2081, 2148 y concs., CCCN)¹¹.

iii) Expensas ordinarias

La ley dispone, en su última parte, que solo los «gastos habituales», que define como «aquellos que se vinculan a los servicios normales y permanentes a disposición del locatario», son los que pueden convenirse que estén a cargo del inquilino, con independencia de que «sean considerados como expensas comunes ordinarias o extraordinarias»¹².

Con esta última aclaración, el legislador pretende desvincular la «calificación» que, eventualmente, pueda otorgarle el administrador del consorcio a la imputación de los gastos realizados (Pano y Salgado, 2020).

¹¹ Véase Cossari (2016), t. IX, pp. 868-872, 891, 921-927 y 1040.

¹² Cossari apunta que: «Si bien el Código realiza un tratamiento conjunto y las somete al mismo régimen en cuanto a la proporción para el pago y demás características de las mismas (art. 2048), cabe primariamente distinguir entre aquellas erogaciones que hacen a los gastos de administración y reparación o sustitución de las partes y bienes comunes del edificio, indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad comodidad y decoro, y de las obligaciones impuestas al administrador, que son expensas ordinarias, de las extraordinarias. [...] El término expensas es, por tanto, un género que comprende a ambas especies. A las expensas ordinarias se las ha llamado también expensas por administración o, más comprensivamente, de administración, mantenimiento y reparación» (Cossari, 2016, p. 891). Señala Kiper que en los contratos de locación de inmuebles, las partes suelen referirse en forma promiscua y emplean en forma indistinta distintos términos, dado las propias vacilaciones de las leyes sobre su denominación: «expensas de administración y reparación», «expensas comunes», «expensas debidas a innovaciones», «expensas necesarias para la conservación y reparación», «gastos o expensas comunes» (art. 9.º, inc. c), de la Ley 13.512), «expensas comunes» (Ley 19.724) y «gastos ordinarios de explotación y mantenimiento», «expensas comunes» y «reparaciones, refacciones y gastos extraordinarios» (estos últimos en el art. 10 de la Ley 21.342; Kiper, 1983; *cfr.* Molina Quiroga, 2005). Salgado (1991), por su parte, señala que, con la derogada Ley 13.512, no se hacía una distinción conceptual entre expensas ordinarias y extraordinarias. Las primeras comprenden los gastos relativos a la utilización, mantenimiento y refacción de los elementos comunes, que no impliquen modificaciones o alteraciones sustanciales de la naturaleza de ellos y que tengan por objeto asegurar el normal uso y goce de la cosa común a quienes tienen derecho. Estos gastos se consideran necesarios para asegurar a los habitantes el disfrute de ella. Las expensas extraordinarias son siempre necesarias, pero exceden el marco de la administración ordinaria y de la manutención y reparación también ordinaria (véase también Moeremans, 2015b). Estas últimas, teniendo en cuenta los usos y costumbres del mercado y la pauta de la buena fe, la jurisprudencia ha resuelto que no pesa sobre el inquilino la obligación de abonar las llamadas «expensas extraordinarias» que pesan en cabeza del locador (Salgado, 1991).

El objetivo de la nueva legislación es evitar que el locatario se vea perjudicado por un incremento indebido del «canon locativo» por erogaciones que exceden en el normal y regular uso y goce de la cosa dada en locación.

§ 5. Efectos

La obligación de pagar el precio incumbe al locatario, y en caso de muerte, a sus herederos (arts. 1021, 1024 y 1208, CCCN). La obligación puede ser subjetivamente plural, mancomunada o solidaria, según se haya pactado para el caso de varios locatarios (arts. 825 y ss., CCCN). No siendo una obligación *intuitu personae*, el pago puede ser hecho por un tercero, incluso por el sublocatario, aplicándose los principios generales del pago (arts. 730, 765 y concs., CCCN; véase también Lorenzetti, 2007).

El canon debe pagarse en el plazo convenido y, a falta de convención, según los usos del lugar de ejecución del contrato. En caso de incumplimiento del pago del alquiler, el locatario incurre en responsabilidad por mora, la que se produce por el solo vencimiento del término, cuando este ha sido fijado en el contrato o, en su defecto, mediante la interpelación respectiva; el deudor deberá los intereses moratorios (arts. 768 y 886, CCCN). Es muy probable que, para este supuesto, también se estipule una cláusula penal (arts. 769, 790 y ss., CCCN).

En el caso de locaciones de cosas inmuebles, el art. 1208 del Código confiere a acción ejecutiva para el cobro de los alquileres y toda otra deuda originada en el contrato de locación, incluyéndose gastos de reparación de deterioros, cláusula penal por retraso en el pago del alquiler, repetición de los impuestos ya pagados que haya debido abonar el inquilino (López de Zavalía, 1992; Lorenzetti, 2007; Leiva, 1985).

§ 6. Apreciación conclusiva

La historia de nuestro derecho privado argentino en materia de contratos y, especialmente, en la legislación de la locación ha sido muy problemática, con aciertos y errores (Spota, 2009; Lorenzetti, 2007; Leiva Fernández, 1983, 2017, 2019 y 2020). Ya lo decía Borda, «la locación es uno de los temas más vivos del derecho civil contemporáneo; la sociedad tiene una sensibilidad muy aguda en todo lo que se refiere a la vivienda» (Borda, 1990, p. 492).

El tiempo nos dirá si las modificaciones incorporadas a la determinación del canon locativo han sido acertadas y, por sobre todas las cosas, si han sido útiles y justas para el desenvolvimiento de la vida de los negocios jurídicos.

Referencias bibliográficas

- Alpa, G. (2015). *El contrato en general. Principios y problemas* (traducción de Retamozo Escobar, J.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Aparicio, J. M. (2016). *Contratos*. Bs. As., Argentina: Hammurabi.
- Barbero, D. (1967). *Sistema de derecho privado* (traducción de Sentís Melendo, S.). Bs. As., Argentina: EJE A.
- Betti, E. (1959). *Teoría del negocio jurídico* (traducción de Martín Pérez, A.). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- (1969). *Teoría general de las obligaciones* (traducción de De los Mozos, J. L.). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Borda, A. (2016). *Derecho Civil. Contratos*. Bs. As., Argentina: Thomson Reuters-La Ley.
- Borda, G. A. (1990). *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. 6.^a ed. Bs. As., Argentina: Perrot.
- (2008). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. 21.^a ed. (actualizada por Borda, A.). Bs. As., Argentina: La Ley.
- Cataudella, A. (1967). *Enciclopedia del diritto, "fattispecie"*. Milano, Italia: Giuffré.
- Compagnucci de Caso, R. H. (1997). *Manual de Obligaciones*. Bs. As., Argentina: 1997.
- (2018). *Derecho de las Obligaciones*. Bs. As., Argentina: Thomson-Reuters-La Ley.
- Cossari, N. G. A. (2016). En Alterini, J. H. (dir.) y Alterini, I. E. (coord.). *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, 2.^a ed. Bs. As., Argentina: Thomson Reuters-La Ley.
- Díez-Picazo, L. (2010). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, España: Thomson Reuters-Civitas.
- Esper, M. (2014). En Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Bs. As., Argentina: La Ley.
- Fava, P. (2008). *Le Obbligazioni*. Milano, Italia: Giuffré.
- Grajales, A. A. y Negri, N. J. (2014). *Argumentación Jurídica*. Bs. As., Argentina: Astrea.
- (2016). *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*. Bs. As., Argentina: Astrea.
- Hedemann, J. W. (1958). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones* (traducción de Santos Briz, J.). *Revista de Derecho Privado*. Madrid, España.
- Irti, N. (1992). *La Edad de la descodificación* (traducción Rojo Ajuria, L.). Barcelona, España: Bosch.
- Kiper, C. M. (1983). Situación del locatario de inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal que asume la obligación de contribuir al pago de las expensas comunes, *La Ley*, 1983-D, 1067.

- Larenz, K. (2010). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de Rodríguez Molinero, M.). Barcelona, España: Ariel.
- Leiva Fernández, L. F. P. (1983). La garantía del Estado en materia locativa y su eventual responsabilidad por actos legislativos, *La Ley*, 1983-B, 1022.
- (1985). En Llambías, J. J. y Alterini, A. A., *Código Civil Anotado*. Bs. As., Argentina: Abeledo-Perrot.
- (2016). En Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2.^a ed. Bs. As., Argentina: Thomson Reuters-La Ley.
- (2017). *Tratado de los contratos*. Bs. As., Argentina: La Ley.
- (2019). Cien años de un fracaso reiterado. El reciente proyecto de ley de alquileres (*soup again*). *La Ley*, 2019-F, 1025.
- (2020). Annus horribilis: la emergencia locativa en 2020 (la historia no se repite). *La Ley*, diario del 14/4/2020.
- Llambías, J. J. (2005). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* (actualizada por Raffo Benegas, P. J.). Bs. As., Argentina, Abeledo-Perrot.
- López de Zavallía, F. J. (1992). *Teoría de los Contratos. Parte Especial*. Bs. As., Argentina: Zavallía.
- Lorenzetti, L. R. (2007). *Tratado de los Contratos. Parte Especial*. 2.^a ed. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Messineo, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (traducción de Sentís Melendo, S.). Bs. As., Argentina: EJE, t. V.
- Moeremans, D. (2015a). La locación en el Código Civil y Comercial: precio en moneda extranjera, *Revista Derecho Civil y Comercial, La Ley*, septiembre, 21 y ss.
- (2015b). En Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Moisset de Espanés, L. (2004). *Curso de Obligaciones*. Bs. As., Argentina: Zavallía.
- Molina Quiroga, E. (2005). Pago de expensas y reparación de partes comunes. *La Ley*, 2005-F, 218.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Negri, N. J. (2016). Análisis crítico de los arts. 1.º, 2.º y 3.º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial. *Revista Código Civil y Comercial, La Ley*, diciembre, 59 y ss.
- (2017). *Responsabilidad Civil Contractual*. Bs. As., Argentina: Astrea.
- Ossola, F. A. (2016). *Obligaciones*. Bs. As., Argentina: Abeledo-Perrot.
- Palmero, J. C. (1975). *Tutela jurídica del crédito*. Bs. As., Argentina: Astrea.
- Pano, S. J. E. y Salgado, J. M. (2020). Novedades en las relaciones locativas de inmuebles urbanos. *Rubinzal-Culzoni Online*, RC D 2801/2020.

- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Bs. As., Argentina: Hammurabi.
- (2017). *Tratado de las Obligaciones*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Rezzónico, J. C. (1985). Contrato, concepto y tipo. *La Ley*, 1985-B, 927.
- (1990). El tipo en los contratos civiles y comerciales. *La Ley*, 1990-C, 976.
- (1969). *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*. Bs. As., Argentina: Depalma.
- Rivera, J. C. (1994). El Derecho Privado Constitucional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (7). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- (2020). *Instituciones de Derecho Privado. Parte General*. 7ª edición. Bs. As., Argentina: Abeledo-Perrot.
- Rivera, J. C. y Covi, L. D. (2016). *Derecho Civil. Parte General*. Bs. As., Argentina: Abeledo-Perrot.
- Roppo, V. (2009). *El contrato* (traducción de Carreteros Torres, N. y Ariano Deho, E.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Salgado, A. J. (1991). *Locación, comodato y desalojo*. Bs. As., Argentina: La Rocca.
- (2016). *Locación, comodato y desalojo*. Ley 26.994. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Salvat, R. M. (1946). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*. Bs. As., Argentina: La Ley.
- (1952). *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2.ª ed. (actualizada por Acuña Anzorena, A.). Bs. As., Argentina: TEA.
- Spota, A. G. (2009). *Instituciones de derecho civil. Contratos* (actualizada por Leiva Fernández, L. F. P.). Bs. As., Argentina: La Ley.
- Stiglitz, R. S. (2014). El nuevo orden contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 2014-E, 1332.
- Trigo Represas, F. A. (1978). *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*. La Plata, Argentina: LEP.
- Zannoni, E. A. (1977). *Revaluación de obligaciones dinerarias («indexación»)*. Bs. As., Argentina: Astrea.

DIRECTIVAS ANTICIPADAS (CAPACIDAD, COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN)

Luis Alberto Valente

Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor titular de Derecho Privado I (UCALP/UNLP). Secretario de Derecho Civil (UNLP).

Resumen

La problemática referida a las denominadas «directivas médicas anticipadas» ofrece interesantes perspectivas que merecen ser analizadas, no solo en lo relativo a su correcto encuadre, sino en los requisitos vigentes al momento de ser aplicadas. Todo ello le imprime al expediente bajo análisis unos matices realmente interesantes y que debieran ser tenidos en cuenta por el operador jurídico.

Palabras claves: directivas previas, capacidad, competencia, legitimación.

Abstract

The issue concerning the well-known “advanced medical care directives” offers interesting viewpoints and perspectives that deserve to be analyzed, not only in what refers to its proper framework, but also in the current requirements when being applied. These could all lead to imprint on the file under assessment very interesting nuances that should be taken into account by the legal operator.

Keywords: advanced directives, capacity, competence, legitimacy.

I. Introducción a la problemática

1. Lineamientos generales

Es a toda luz evidente que las categorías sustantivas del moderno derecho civil deben ser justipreciadas a la luz de un razonamiento que se involucre con una estimativa tan dinámica como ajustada a los nuevos tiempos.

Tal es lo que acontece con las denominadas directivas médicas anticipadas reguladas en el art. 60 del Código Civil y Comercial.

Según este último, toda persona capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la

persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

A su vez, advierte que las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Y como no puede ser de otro modo, esa declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento (art. 60 Código Civil y Comercial)

De manera acertada, la directiva se encuentra metodológicamente comprendida dentro de los derechos y actos personalísimos.

Un ejemplo paradigmático lo ofrecen los enfermos que ven deteriorada (paulatinamente) su salud mental o padecen enfermedades crónicas degenerativas donde la calidad de vida se va apagando de forma gradual y el sujeto desea brindar directivas que han de adquirir operatividad cuando el sujeto no pueda expresarse.

Siendo así la hermenéutica que le cabe a la categoría en cuestión ofrece interesantes perspectivas y no podrá distanciarse de derechos como la vida, la dignidad, la libertad, la intimidad, la integridad y, en fin, todos aquellos que se proyectan sobre la esfera personalísima del individuo y que se ven específicamente reconfigurados por una nueva estructura.

Las directivas anticipadas son expresión de la cautela ante el avance de la medicina, como así también ante el injustificable encarnizamiento terapéutico, y las posibilidades de una mayúscula intervención y desnaturalización del proceso de la muerte a costa de dolor y sufrimiento.

En línea con ello y como bien dice la Ley 26.529 sobre derechos del paciente, se trata de consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos.

A su turno y sin perjuicio de lo que más adelante sostendremos, no deberá verse distanciada la cuestión de aquellos contenidos bioéticos que, como el principio de autonomía o el consentimiento informado, constituyen un elemento dorsal que hacen a su misma estructura y a su razón de ser.

Todo lo cual invita a interesantes desarrollos; pues, detrás de una herramienta de incuestionable justicia, se esconden sutiles cuestiones jurídicas que hacen a su dinámica, pero también a su esencia.

2. Denominación del problema

En ámbitos comparados, suele tener diferentes denominaciones: testamento vital (TV; *living will* en inglés); instrucciones previas, voluntades anticipadas (VV. AA.) o directivas anticipadas (*advance directives* en inglés), entre otras.

Ello parece indicar que no es el término el que delata la puntual naturaleza del instituto, ni es decisivo ni indicativo a la hora de mensurar su oportuna dimensión. Se trata, en efecto, de auscultar su razón jurídica, su finalidad y ubicar el escenario en el cual cobran virtualidad los derechos y actos personalísimos.

Sostiene Federico de Montalvo (2010) que, en Estados Unidos, suelen incorporar tres elementos: una declaración de deseos del paciente, más o menos concretados en torno a situaciones clínicas específicas (testamento vital); la designación de un sustituto (poder de representación), y la declaración de objetivos vitales y valores (historia de valores).

Así pues, existen tres figuras diferentes con tres contenidos distintos, aunque, en la práctica, el documento ha evolucionado hacia la integración de todos los contenidos.

Se utiliza el término de *planificación médica anticipada* o *planificación anticipada de asistencia sanitaria* para referirse al documento que integra todos los elementos. Los contenidos del documento se pueden relacionar con los propios criterios que pueden ser utilizados para determinar la voluntad real del sujeto otorgante ante el tratamiento o cuidado.

En esa línea, recuerda Seoane (2006) la denominada planificación anticipada de salud (*advance care planning*); es donde las instrucciones previas adquieren su auténtico sentido. Es que es considerada como un proceso más amplio e integral, que toma en consideración una pluralidad de dimensiones (clínica, cultural, familiar, social, psicológica, emocional, afectiva) con la finalidad de mejorar la calidad de la asistencia y de las decisiones en el final de la vida, profundizando la comunicación entre el paciente y los diversos profesionales con plena garantía de autonomía, los valores, las expectativas vitales y los derechos de aquel.

Pensamos que dimensionar el marco definitorio de la problemática ayudará a hacer lo propio en torno al valor que tales directivas ostenten.

O bien son un simple instrumento cuyo contenido es una indicación aproximada de los deseos de quien la otorga; o bien es un documento con directivas autosuficientes que alcancen a autoabastecerse frente a aquellas cuestiones dilemáticas que, aún ante lo imprevisible, se impongan por su objetividad y completitud.

I. Planteo del problema

1. Lineamientos generales

Analizar las directivas previstas en el art. 60 del Código Civil y Comercial implica referirse a una categoría que despierta no pocos interrogantes, sobre todo cuando se intenta indagar no solo su justificación bioética, sino su verdadera operatividad jurídica.

En ese orden, la capacidad exigible por el art. 60 del Código Civil y Comercial (o como hace lo propio el art. 11 de la Ley 26.529) no se sumerge de plano en la verdadera dimensión práctica de la figura al considerar que las exigencias de fondo deben ser justipreciada de acuerdo a los principios tradicionales y no desde la perspectiva bioética.

Ello genera un desbarajuste en la aplicabilidad de la categoría jurídica.

A su vez, las mismas directivas, por ser anticipadas, generan inquietudes referidas a la competencia necesaria para efectivizarlas.

La estructura lógica de la figura se ve divorciada de su operatividad práctica, ya que resulta verdaderamente dificultosa la primera al ser considerada en función de la segunda.

Bien decía Recaséns Siches que evadirse de la cárcel sistemática implica la actitud del jurista que, frente a *cuestiones abiertas*, procura la correcta visión de que los problemas humanos no pueden verse encerrados en un sistema dogmático (1985, p. 262).

Coincidiendo con ello, nos parece que la herramienta emergente del citado art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser examinada en función de su procedencia lógica.

Bien decía Manzini (2001) que, en Estados Unidos, son escasas las personas que han manifestado por escrito sus deseos y preferencias «del final de la vida». Y ello, a su juicio, debe buscarse en la desconfianza de los pacientes a quedar prisioneros de sus disposiciones, y a su vez, considerando que puede haber cambiado su parecer y las circunstancias al tiempo en que deban ser aplicadas.

No descuenta aquel autor problemas de comunicación abierta con los profesionales de la salud y, a su vez, que las mismas directivas pueden ser confusas y engorrosas. Se suma a ello, y en una puntual situación, el escaso tiempo de los profesionales para dilucidarlas.

Las dudas surgen, especialmente, sobre el valor de las directivas aplicadas a *situaciones concretas*, puntuales, en general pasado un *tiempo* desde su formulación, y a la *disponibilidad* de la información para situaciones urgentes.

2. Antecedentes justificativos de la problemática

Los antecedentes de la problemática que nos convoca pueden verse contemporizados desde dos perspectivas: la jurisprudencia norteamericana (a modo emblemático pueden citarse el caso Karen Ann Quinlan —1976— y Nancy Cruzan —1990—) y en las reuniones científicas llevadas a cabo a mediados de la década de los sesenta.

Entre estas últimas, un antecedente decisivo lo constituye la llevada a cabo en 1967 por la Euthanasia Society of America, y en torno a los *living wills* (testamentos vitales) frente a la eutanasia; sobre todo considerando la posibilidad en que el paciente pudiera expresar, en forma escrita, la forma en que deseaba ser tratado cuando él no pudiera decidir por sí mismo.

Y por otro, el nacimiento de la bioética que, como disciplina emergente, coincide con aquella evolución jurisprudencial. Esta disciplina permite ensamblar los avances científicos y la cultura humanística; el dominio de las ciencias y las humanidades; los conocimientos sobre la naturaleza y sobre la conciencia; hechos y valores. A su vez, coadyuva a diseñar un mapa de ruta que sirva de guía en aquel complejo laberinto.

Bajo este último entendimiento, la bioética puede ser considerada una disciplina de principios encaminada a resolver conflictos y que pretende infundir valores, al mismo tiempo que garantiza la dignidad del sujeto bioético.

A tono con ello, la metodología bioética aspira a realizarse a través del paradigma principalista. Y en tal sentido, cuatro principios generales pasan a considerarse troncales en la solución de los conflictos subyacentes.

Uno de ellos es el principio de autonomía que, junto al de no maleficencia, beneficencia y justicia, es el que, a la postre, parece justificar la solución deontológica.

3. Planteo del problema

De lo expuesto surge nuestro interrogante: ¿bajo qué lineamientos resulta procedente la aplicabilidad práctica de las directivas al momento de ejecutarlas?

Nos mueven dudas acerca de la aplicación funcional de la figura, estimando aquellos factores y condiciones que debieran ser tenidos en cuenta al momento de su concreción.

Si se lee atentamente el art. 60 del Código Civil y Comercial, nadie podrá dudar de la razonabilidad del texto. La justificación dogmática de la figura es indiscutible y goza de plena salud.

Pero no obstante ello, deberá ser cauteloso el operador jurídico al momento de consagrar la solución y en función de los condicionantes propios que puede tener esa categoría en un caso concreto.

Ello conduce a sostener que la operatividad de la figura puede ser decisiva a la hora de ameritar su justificación práctica.

II. Desarrollo

1. Lineamientos generales

En sentido genérico, tales directivas recaen sobre «la salud del otorgante y en previsión de su propia incapacidad». O bien se puede designar a una o más personas que han de expresar su consentimiento «para actos médicos y para ejercer su curatela» (art. 60 del Código Civil y Comercial).

La Ley 26.529 relativa a los Derechos del Paciente, en su art. 2 letra e), hace referencia a la autonomía de la voluntad e incardina ese principio en el derecho de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos. Y en referencia a los niños, niñas y adolescentes, expresamente alude a la toma de decisión referida a su vida o salud.

La misma Ley 26.529, en su art. 11, establece que esas directivas pueden referirse a consentir o rechazar tratamientos médicos preventivos o paliativos.

En líneas generales y en tanto no impliquen prácticas eutanásicas, puede decirse que el objeto sobre el cual recae la categoría bajo examen es amplio; y a su vez, en cuanto ello no sea ofensivo de valores superiores o atenten contra la vida y la dignidad (art. 51 y concordantes del Código Civil y Comercial).

En su prístina versión, la operatividad mayúscula que exhibe la categoría bajo examen va ligada a la posibilidad de asegurar que el paciente, en condiciones irreversibles o en situación terminal, vea respetada en el futuro su decisión acerca del tratamiento médico por recibir.

Pese a la amplitud que puede desprenderse de la letra legal, este es el camino que derechamente traducen las denominadas directivas anticipadas.

En esa línea, el paciente manifiesta su voluntad en caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que lo lleve a un estado que le impida expresarse por sí mismo.

En un documento de instrucciones previas, se pueden rechazar determinados tratamientos de mantenimiento de la vida y también solicitar la adopción de medidas para aliviar el sufrimiento, medidas que —finalmente— acortan el proceso de la muerte y que son una práctica habitual en cuidados paliativos.

2. Las directivas y la *lex artis ad hoc*

Sin perjuicio de lo que se expondrá, en todo momento esas directivas deberían verse contemporizadas con el criterio médico. En última instancia, este traducirá el camino más prudente y las posibilidades de recuperación (si las hay); o al menos aquel que traduzca mayor conveniencia, muchas veces amalgamada con la posibilidad de evitar una prolongación inútil o dolorosa de la vida, o bien, una inevitable llegada de la muerte.

La imprevisibilidad se impone, y la certeza de las instrucciones se sujeta a una realidad muchas veces impredecible. Eso demuestra la relatividad que puede exhibir la categoría bajo examen.

No se duda en la literatura comparada que aquellas directivas tienen limitaciones. Así, por ejemplo, no deben ser contrarias a la *lex artis*, es decir, en ningún momento deben ser contrarias a la buena práctica clínica ni a la ética profesional (Guerra Vaquero, 2017, p. 140).

La exacta ponderación de la cuestión permite referirnos a la *lex artis ad hoc*, concepto que requiere tener en cuenta las especificidades del caso concreto.

De esa manera, deberá considerarse la evolución concreta que la problemática tiene en ese paciente.

Lo mismo ocurre si las directivas son obsoletas por haber variado las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al momento de manifestarlas. Ello implica referirse a la complejidad y trascendencia del acto. A su vez, ponderarlas y, aun cuando el paciente la solicitó, considerar la posibilidad de ver la opinión del galeno acerca de la inutilidad o, peor incluso, la peligrosidad de aplicarlas en la especie.

De ello se desprende que el contenido del instrumento no es automáticamente aplicable, pues no lo será si es contraindicado para la patología en cuestión o en función de la realidad del paciente.

Sin embargo, en la estimativa jurídica, subyace la posibilidad de dar mayor o menor alcance a la autonomía del paciente y el verdadero sentido de las directivas. Se trata de pensar en una medicina consensuada sobre la base de criterios científicos, ya que uno de los interlocutores posee una mayor experticia.

No se puede desconocer, no obstante, que puntuales factores éticos o religiosos pueden oponerse al consejo profesional. De ser así, ello coloca a las directivas en una necesidad de análisis integral y contextual de su contenido.

3. El Principio Bioético de Autonomía como eje troncal de la categoría

Literalmente y en estos desarrollos, se erige de forma visceral el principio de autonomía, según el cual la decisión autónoma proviene del individuo con aptitud para obrar, y que ostenta, a su vez, de suficiente facultad para enjuiciar el alcance de sus actuaciones; y que, al mismo tiempo, responde por las consecuencias de sus decisiones.

Estamos en el ámbito de libertad, autodeterminación y autorresponsabilidad como expresión diáfana del autogobierno.

Son directivas autorreferenciales en donde luce en su esplendor las características, perspectivas y, sobre todo, el pensamiento directriz del sujeto autónomo. Debe entonces repararse en que ese plan obedece a una decisión consciente y hasta ese momento es posible su revocación (art. 60 del Código Civil y Comercial).

Una ajustada hermenéutica implica analizar el contexto temporal, religioso, psicológico, cultural, familiar, etc. en el cual las directivas acaecen y en función al momento en que deben ser aplicadas.

No se trata tanto de analizar la naturaleza o textura del instrumento que las contienen, sino más bien la exacta correspondencia entre aquel contenido y la auténtica y actual voluntad del individuo. De lo contrario pierden significación jurídica.

Puede conjeturarse una ineficacia del continente en función del exacto dimensionamiento del contenido.

Desde esta perspectiva, la información precisa es el eje de las directivas producto de una ética comunicativa. La decisión debe ser el resultado de una planificación resultante de un proceso dialógico y en donde la sinceridad y objetividad son piezas de inestimable valor.

4. El principio de autonomía y su aplicación práctica

Dos antecedentes de la jurisprudencia ayudan a vislumbrar la operatividad del principio de autonomía. Uno referido al consentimiento para actos médicos, y otro más cerca de las denominadas «directivas anticipadas».

Bajo tal temperamento, un caso jurisprudencial significativo en nuestro medio fue el caratulado «Bahamondez Marcelo s/ medida cautelar» y referido a la negativa del recurrente a recibir transfusiones de sangre por ser contrario a sus creencias del culto Testigos de Jehová.

La Cámara interviniente al confirmar el pronunciamiento de la instancia anterior sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un suicidio lentificado y ello por la omisión propia de suicida que no admitía tratamientos y había optado por dejarse morir.

Señaló el Tribunal de Segunda Instancia que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resultaba posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma.

En sentido adverso, el apelante sostuvo que Bahamondez quería vivir, solo que no desea un tratamiento contrario a sus convicciones religiosas. En efecto, se oponía a un tratamiento compulsivo que avasalla la libertad de culto y el principio de reserva.

Al fin, Bahamondez fue dado de alta y no se realizó la transfusión.

No obstante la abstracción que exhibía la causa, en voto disidente, se recordó que, por el principio de libertad de culto (art. 14 Constitución Nacional), la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona y que nadie puede ser obligado a ir contra su conciencia.

En su faz negativa, eso significa la existencia de una esfera de inmunidad de coacción tanto de particulares, de grupos como de la autoridad pública. Esto último excluye de manera absoluta toda intromisión estatal que coarte la libre elección de principios que, en conciencia, se consideran correctos o valederos.

Tal criterio privilegió la libertad de conciencia mientras no exista un interés estatal legítimo en su restricción o razones de orden superior.

En dicho de ese voto, en este caso no se busca el suicidio (eutanasia), sino que la objeción a la transfusión de sangre se funda en profundas razones religiosas. En otros términos, se privilegió el principio de autonomía por el cual las directivas eran consecuencia de una conducta autorreferente que no implicaba un hecho ilícito, sino el cumplimiento de una máxima religiosa de hondas raíces constitucionales.

Un temperamento similar mantuvo la Corte en los autos «Albarracini, Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias», donde el máximo Tribunal sostuvo la efectividad de la voluntad certificada por escribano antes de la hospitalización y por quien ya no podía actualizar sus deseos por estar bajo un estado de inconsciencia. A su vez, a juicio del Tribunal, nada hacía suponer que el paciente hubiese cambiado de opinión ni que su voluntad estuviera viciada (art. 19 Constitución Nacional).

5. La matriz contextual de las directivas

Sin embargo, circunstancias diferentes pueden revertir la aplicación concreta de la figura. Es que, el factor contextual puede incidir sobre la efectividad de las directivas.

La falta de efectos totalmente vinculantes de la declaración de voluntad recogida en el documento de instrucciones previas no nace solo de la distancia en el tiempo entre la declaración del sujeto y su aplicación. Muchas veces las dudas versarán sobre la actualidad de su contenido.

El paciente ahora incapaz no es ya la misma persona que un día, cuando era todavía capaz, cumplimentó el documento de instrucciones previas. No se debe mensurar el tiempo transcurrido, sino las circunstancias determinantes de la toma de decisión. Por ejemplo, el sujeto que ya no predica tan intensamente la religión que profesa.

En respetable medida, en la jurisprudencia arriba citada se contempló esa cuestión. Debe considerarse la *posición del sujeto autónomo* cuando ya no es posible revocar la decisión por hallarse en un estado de abatimiento o de imposibilidad anímica. De manera que las directivas anticipadas no pueden ser consideradas un instrumento determinante o portador de una decisión imperativa.

De lo expuesto resulta que los principios bioéticos de beneficencia o de no maleficencia (hacer el bien o no realizar el mal) pueden en una especie concreta imponerse sobre su par basado en la autonomía.

Un giro de la estimativa permite revertir el orden de los principios bioéticos. Vale decir siempre: se debe actuar en beneficio del paciente, auscultando su voluntad ajustada a las circunstancias que la determinan, y a su vez, aferrada a impredecibles escenarios e impensados cuando se redactaron las directivas.

En definitiva, muchas veces se tratará de estimar el grado de autonomía del sujeto inconsciente y pergeñar la actualidad de sus valores y preferencias, previendo que (muy posiblemente) no son las mismas que lo determinaron al redactar el documento, y que, a su vez, pueden no coincidir con la realidad en la que deben ser aplicadas.

6. El derecho a la información y las directivas anticipadas

En otro orden, el derecho a la información una vez más se erige en la pieza clave a través de la cual la solución jurídica adquiere una exacta proyección estimativa. A través de él, se concretiza el principio de autonomía, que aparece previsto en el nuevo Código Civil y Comercial, en el art. 55, entre otros.

Debe advertirse, sin embargo, que no se pueden confundir directivas anticipadas y consentimiento informado, por cuanto el radio sobre el cual operan ambos expedientes es diferente.

Si bien ambas se erigen en prerrogativas que tiene el sujeto de tomar decisiones concernientes a su propia salud, el consentimiento informado constituiría la expresión de la autonomía de voluntad del paciente en aquellas circunstancias en las que este mantiene la plenitud de su capacidad. Por el contrario, las instrucciones previas adquirirían virtualidad cuando el sujeto antes capaz hubiera perdido la capacidad o competencia. En el consentimiento informado, el sujeto capaz y competente firma el documento que debe ser

aplicado de forma contemporánea. O al menos bajo una correspondencia o simultaneidad ideológica.

Es el que emerge del art. 59 del Código Civil y Comercial que, en relación con la letra g), regula el consentimiento informado para actos médicos y el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos u otros si son desproporcionados o extraordinarios (art. 59 letra g) del Código Civil y Comercial).

En tanto, quien emite un documento de directivas anticipadas lo hace para que sea aplicado en un momento posterior, vale decir cuando el sujeto no pueda expresarse contemporáneamente. De aquí que esta última requiera mayores formalidades que aquel.

De manera que estas no deben ser analizadas solamente desde el prisma bioético de la autonomía, sino también justipreciando la eficacia que tales directivas ostentan al momento que deban ser aplicadas. El principio de beneficencia (no maleficencia) no se debe soslayar en su recta consideración.

A su vez, las directivas suponen el derecho a la información, pues solo así aquellas pueden ser eficaces. Cuando de una manera amplia el art. 60 del Código Civil y Comercial dice que se puede anticipar directivas y conferir mandato respecto a la salud y en previsión de su propia incapacidad, no solo se refiere al derecho a decidir el tratamiento, sino también a negarse a él.

De allí que tanto las directivas como el consentimiento tienen de eje a la ética dialógica como basamento justificativo y necesario, pues, sin ella, el sujeto no estará debidamente anoticiado de las consecuencias de su decisión.

Se trata de comunicar al paciente, generar en el diálogo confianza, transferencia emocional, y brindar información no solo completa, sino a su vez adecuada, asegurando una asistencia integral y de máxima calidad.

7. Operatividad del derecho a la información en el marco de las directivas anticipadas

Solo puede ser exactamente dimensionada si se atiende al insoslayable requisito de la información, previa a la toma de decisión del sujeto autónomo, lo cual debe ser producto de un efectivo proceso comunicativo que traduzca un diálogo abierto, sincero y constante.

De allí que, si se atiende a la eficacia jurídica de las directivas anticipadas, no se puede obviar la conveniente mensura de la planificación anticipada de la decisión (*advance care planning*).

A través de estas últimas, el sesgo cultural, los valores y las creencias contextualizan y brindan el personalísimo contexto a la solución que se adopta. Si no hay información, las directivas pueden resultar invalidadas por defectos en la voluntad. Funcionalmente, pueden resultar ineficaces si aquella voluntad no se vio actualizada e incluso pese al diálogo que en su momento se llevó a cabo.

8. Las directivas anticipadas y la decisión por sustitución

El art. 60 del Código Civil y Comercial establece que la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. El Código Civil y Comercial, a su vez, resuelve que la persona puede designar al individuo o individuos que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Es lo que se denomina decisión por sustitución y que básicamente se fundamenta en respetar los deseos y preferencias de la persona sustituida. La persona designada se convierte entonces en un interlocutor válido y necesario ante el médico

La razón se funda en que la ley supone que el sujeto designado es quien proporciona mayor garantía de que conoce la voluntad del paciente y que deberá, en su caso, adecuarla y ajustarla al supuesto concreto que sojuzga a este. Se entiende que el sustituto es quien brinda mayor garantía de ello y que será quien decida en función de las nuevas circunstancias que envuelvan al enfermo.

Debe suponerse también que, en la especie, no acontece un conflicto de intereses entre los intervinientes, pues, en tal caso, debería el sustituto excusarse de actuar.

Autonomía y beneficencia exigen, de nuevo, ser exactamente dimensionadas.

Esta problemática nos acerca a interesantes consideraciones. Por lo pronto, debe advertirse que la cuestión no es lineal y que ofrece perspectivas realmente interesantes.

9. Las directivas anticipadas y los niños, niñas y adolescentes

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12, consagra el principio según el cual el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio puede expresarse libremente en todos los asuntos que le conciernan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta según su edad y grado de madurez.

Como dice la Ley 26.061, en su art. 2, la Convención es de aplicación obligatoria en referencia al acto o decisión de cualquier naturaleza que adopte la persona menor de dieciocho años.

A su vez, los niños, niñas o adolescentes tienen derechos a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 2 Ley cit.).

Esos principios son de orden público, irrenunciables, intransigibles (*cf.* art. 2 cit.).

Además, no puede obviarse lo previsto por la letra e) del art. 2 de la Ley 26.529 referida a los Derechos del Paciente y Muerte Digna, según la cual y en relación al derecho de aceptar o rechazar determinados tratamientos, dichos menores tienen derecho a la toma de decisión sobre terapias, procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.

De manera que el término *capaz* del art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser reorientado hacia una significación que le confiera coherencia y sistematicidad no solo

metodológica, sino también funcional y que respete el contenido evolutivo de la categoría bajo análisis.

De allí que no es un problema de capacidad jurídica, sino de competencia bioética. En efecto, se trata de vislumbrar aquellas estrategias —en el marco de una ética dialógica—, respetando el desarrollo evolutivo del menor y considerado su adecuación y eficacia a fin de alcanzar el ejercicio autónomo de sus derechos.

De más está advertir que son medidas personalizadas en función de la competencia del menor autónomo y no solo para decidir, sino para soportar las consecuencias de su decisión (madurez).

Tampoco es exacto pensar que la capacidad progresiva la establece el legislador. Aquella la establece el juez y en función a un puntual menor y en un determinado caso concreto.

III. Replanteo del problema

1. Las sombras que empalidecen la aplicación de las directivas anticipadas van asociadas a la idea de actualidad y objetividad de aquellas

Como bien parece indicarse en ámbitos comparados, no pueden ser aplicadas las instrucciones previas si son contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho en el momento de manifestarlas. Es que de lo contrario serían ilícitas, ilegítimas o, si quiere, contrarias a la ética profesional.

Esto último es de rigor considerarlo.

Deben ser llevadas a la práctica en un devenir diferente al que fueron redactadas y en donde no es el tiempo lo determinante, sino las circunstancias en que deben aplicarse.

A su vez, no debiera soslayarse el papel de las emociones al momento de redactarlas directivas y el grado de información que se dispone a la hora de ordenarlas.

Se trata de indagar entonces la *competencia del paciente*, atendiendo a una escala móvil y en función de las circunstancias por las que debe atravesar tanto en relación a sus aptitudes mentales y emocionales como a la gravedad de la decisión que adopta.

Por el principio de irreversibilidad debe comprenderse que cuanto más graves, peligrosas e irreversibles son las consecuencias de la decisión que adopta, más exigente debe ser la vara que pretenda establecer la competencia del sujeto para la toma de decisión. Es decir que, a medida que aumentan los riesgos, el nivel de competencia exigible debe ser más elevado.

Lo anterior nos conduce a la idea de que la correcta diagnosis de las directivas pasa por mensurar el grado de razonamiento y de la emocionalidad de quien las pergeña. Y aquello en función de la actualidad que sojuzga al sujeto moral autónomo y donde la vasta información juega un papel importantísimo.

2. La irrupción del principio bioético de beneficencia (no maleficencia) en el marco de las directivas anticipadas

La mayor gravedad de la decisión por adoptar está en función directa a la actuación del médico. Es que cuanto mayor sea aquella, mayor es el ámbito de actuación soberana del profesional como depositario del conocimiento científico en que basa en su experticia.

Sin embargo, aquel principio debe ser matizado por otro. Nos referimos al de proporcionalidad, sobre todo referida a cuidados paliativos y cuando las perspectivas de sanación disminuyen. En su caso, solo se trata de justipreciar la calidad de vida y no ya en una inesperable sanación.

Se trata de estrategias de escala móvil que pueden operar en función de puntuales circunstancias en donde tanto las directivas como la labor soberana del médico son apreciadas en función de la mayor o menor gravedad, o en su caso, irreversibilidad de la decisión por adoptar.

Los galenos son soberanos si demuestran que el tratamiento por ellos recomendados es más beneficioso que la directiva del enfermo, quien no solo no tiene los conocimientos de aquel, sino que además aquellas fueron redactadas en otras circunstancias o en una realidad diferente. Se trata de considerar la *lex artis ad hoc*.

Las decisiones adoptadas por el paciente pueden ser no solo desgraciadas, sino también irreparables; todo lo cual conduce a la idea de una ponderación prudente y debidamente mensurada.

Puede discutirse inclusive el grado de vinculación que tienen las voluntades anticipadas. En ese sentido, el Convenio de Oviedo, en su art. 9, establece que los deseos expresados anteriormente por el paciente serán tomados en cuenta, pero de ello no se deduce que deban ser imperativamente considerados.

Es a todas luces evidente que también aquí rige el principio *in dubio pro vita* y que, lejos de ser un documento de carácter vinculante, es indicativo de la senda que ha de seguirse.

Resignificando la problemática que nos moviliza y apuntando a su correcto encuadramiento jurídico, estimamos que es un problema de legitimación del galeno o bien del enfermo, y en función de las concretas circunstancias que rodean a este último.

V. Conclusión

1. De lo expuesto se concluye que se trata de armonizar los principios bioéticos de autonomía, el de beneficencia (no maleficencia) y, desde luego, justicia. Es decir, no podemos abroquelarnos mecánicamente en la voluntad del paciente si el personal entendido o formado vislumbra que aquella decisión no es la médicamente aconsejable ya la luz de la problemática actual que exhibe el enfermo.

No se trata solo de evitar el mal (no maleficencia), sino de elegir siempre el camino del bien (beneficencia).

En fallos de la Corte (según se vio), una correcta hermenéutica da cuenta de una naturaleza contextual a la sistematicidad de los principios. Es que, según la materia, la balanza se inclina decididamente hacia el principio de autonomía sobre el de beneficencia. Concretamente, adquiere una naturaleza procedimental relativa a temperamentos autorreferentes, sobre todo, *al final de la vida* o tratamientos médicos reñidos con valoraciones o creencias del sujeto moral autónomo y que hacen a su autodeterminación (art. 19 Constitución Nacional).

2. A su vez, pese a la letra de la norma aplicable (art. 60 del Código Civil y Comercial), no se presenta un problema de capacidad, sino de *legitimación jurídica*; vale decir, es la posición jurídica la violentada en orden a la competencia bioética del sujeto autónomo.

En el supuesto de directivas esgrimidas por menores, es donde más se aprecia la correcta perspectiva. El interés superior del niño y aún su madurez y edad son parámetros exigibles no en función de la capacidad (que naturalmente no tiene), sino de su factible competencia. No se descuenta que requieran de apoyos que les facilite el ejercicio autónomo de sus derechos. Es un sujeto naturalmente vulnerable.

Pero frente al caso específico, ostenta legitimación, pues, desde la órbita del derecho, está habilitado (con los recaudos del caso) para decidir sobre su cuerpo y su vida; y todo en función del propio contexto.

3. La consagración de la legitimación en relación a las directivas anticipadas permite advertir que la posible ineficacia de aquellas pueda no ser estructural, sino funcional. No es eventualmente un problema de invalidez. Se trata de una pérdida de efectos del acto voluntario, pero no debido a un vicio en su estructura, sino en su funcionamiento práctico.

Es decir, la causal de ineficacia es sobreviniente al nacimiento del acto jurídico, de manera que es inexacto (en estos supuestos) hablar de nulidad o invalidez.

VI. Informe final

La proyección que sobre las directivas anticipadas tienen los principios bioéticos implica que la lectura de aquellas no sea el resultado de una inferencia formal proveniente de una deducción silogística.

De aquel temperamento se derivaría una interpretación cerrada de la categoría que impediría efectuar una operatividad razonable de los contenidos. Ello ocurre con las directivas anticipadas pergeñadas como prerrogativas para el bienestar del sujeto moral autónomo.

No caben dudas de que se trata de un nuevo paradigma centrado en la voluntad del paciente, la que desde luego debe ser considerada y respetada. Pero debe entenderse que el

principio de autonomía ha de verse integrado con sus pares: beneficencia, no maleficencia y justicia.

De esa forma, el art. 60 del Código Civil y Comercial debe ser interpretado desde la razonabilidad que impone la exigencia de una ética contextual. Siendo así, allí donde la norma exige capacidad, aquella no es jurídica sino bioética; vale decir, se trata de competencia y del contexto, de las creencias o circunstancias que rodean al sujeto moral autónomo.

De la competencia bioética se desprende la legitimación jurídica no solo de quien redactó las directivas, sino de quien debe intervenir en función de su ciencia o experticia.

El procedimiento hermenéutico es evolutivo con la agilidad que tenga en cuenta la dimensión temporal y contextual en cuyo campo deben ser entendidas. Deberá comprenderse que de ello depende la operatividad y justificación de la categoría bajo análisis y de la aprehensión de sus fortalezas y comprensibles debilidades.

VII. Bibliografía

Código Civil y Comercial, Ley N.º 26.994; *Boletín Oficial* n.º 32.985, 8 de octubre de 2014.

Constitución Nacional. Ley N.º 24430. *Boletín Oficial* n.º 28.057, 10 de enero de 1995.

Convenio de Oviedo o Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Consejo de Europa, 4 de abril de 1997.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1993). Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar. 6 de abril de 1993. Recuperado de www.defensoria.org.ar/bahamondez/marcelo/s/medida/cautelar

— (2012). Albarracini, Nieves; Washington, Jorge s/ Medidas Precautorias. 1 de junio de 2012. Recuperado de www.saij.gob.ar

Guerra Vaquero, A. Y. (2017). *Voluntades anticipadas: estudio sistemático de su regulación en España y en Europa*. Madrid: Universitas.

Ley N.º 26.529, Ley de Salud Pública. *Boletín Oficial* 31.785, 20 de noviembre de 2009.

Manzini, J. L. (2001). Las directivas anticipadas para tratamientos médicos. *Jurisprudencia Argentina*, IV, (11), pp. 40-47.

Montalvo Jääskeläinen, F. de (2010). Límites a la autonomía de la voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el Derecho Constitucional. *Derecho y Salud*, 20(1), pp. 71-95. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3334880.pdf>

Recaséns Siches, L. (1985): *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.

Seoane, J. A. (2006): Derecho y planificación anticipada de la atención. Panorama jurídico de las Instrucciones Previas en España. *Derecho y Salud*, 14(2), pp. 285-296. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2165050.pdf>

NOTIFICACIÓN POR MENSAJERÍAS INSTANTÁNEAS VS. NOTIFICACIÓN POR CÉDULA

(¿Entraron al expediente judicial para quedarse o solo para
atender los tiempos de pandemia?)

María Eugenia Mercedes Siniscalchi

Secretaria del Juzgado de Familia N.º 2, Departamento Judicial de La Plata. Profesora adjunta del Seminario de Análisis de Jurisprudencia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UCALP). Docente de la Diplomatura de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UCALP). Ha participado como expositora en seminarios con relación a la materia derecho de familia.

José Luis Bombelli

Juez del Juzgado de Familia N.º 2, Departamento Judicial de La Plata. Especialista en Derecho Civil, título otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Docente universitario autorizado, título expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Auxiliar docente de la cátedra de Civil V, cátedra 2 (UNLP). Docente de la Diplomatura de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (UCALP). Ha participado como expositor en numerosas capacitaciones y seminarios con relación a la materia derecho de familia.

Resumen

Desde el *rincón de las hornallas*, el presente artículo busca poner a disposición del lector (seguramente operadores jurídicos en su mayoría), algunas consideraciones que se fueron generando en el seno del juzgado que integramos, en torno a las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, dictadas en el marco de las disposiciones sanitarias para prevenir la COVID-19, como así también la experiencia que se fue consolidando en la práctica diaria.

No podrían estar ausentes algunos argumentos, por los que pensamos que, tal vez, muchas de las resoluciones del Tribunal Superior, como de las prácticas laborales que se fueron generando en consecuencia, habrán de adquirir carta de ciudadanía en nuestra legislación procesal. En este supuesto, resultará pertinente analizar su alcance.

Obviamente, perteneciendo ambos autores a un Juzgado de Familia, muchas de las reflexiones y conclusiones tendrán en cuenta la especial naturaleza del fuero. Aun así, entendemos no excluyente los argumentos que se desarrollarán, para otras competencias.

Con estos dos objetivos, sumamos un aporte más a otros que ya han salido a la luz para dar continuidad a este torbellino de ideas y prácticas que la inesperada COVID-19 ha provocado.

Palabras claves: Notificación - pandemia – flexibilidad de formas.

Abstract

From a rare 'unexpected corner' this article is intended to acknowledge the reader (mainly legal practitioners, certainly) some of the considerations which have been generated in the very core of the court we belong to, around the resolutions of the Supreme Court of Justice of Buenos Aires, issued in the frame of the sanitary provisions in order to prevent COVID-19, as well as the strengthened expertise acquired on a daily basis.

There must also be presented many of the arguments by which it might be thought that many of the resolutions of the High Court, as well as the work practices which consequently succeeded, might acquire a bill of citizenship in our procedural law to be released. To this matter, it is imperative to analyze its reach.

Indeed, with both of the authors belonging to the Family Court, many of the thoughts and conclusions will take into consideration the particular nature of the jurisdiction. Still, we understand that the arguments to be developed are also inclusive for other competencies.

With such two aims, we add an extra input to those who have already come to light in the pursuit of this brainstorm of ideas and the practices that the so unexpected COVID-19 has caused.

Keywords: Notification - pandemic – informalism.

I. El contexto: una mirada a las resoluciones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Bajo este acápite, realizaremos un paneo sobre las distintas resoluciones y acordadas de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. No agotaremos todos los textos y de cada uno no analizaremos su contenido en toda su extensión. Solo nos detendremos en aquellos aspectos que nos parecen más significativos a los efectos del trabajo.

Nos parece oportuno anticipar que la lectura de dichas normas tendrá la siguiente particularidad: 1) una reiterada preocupación por el cuidado sanitario; 2) una invitación constante al uso de la informática, y 3) una atención preferente a las cuestiones urgentes.

En primer lugar, destacamos la Resolución N.º 386/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 16 de marzo del 2020, en la que se dispuso asueto en todo el ámbito del Poder Judicial, con suspensión de términos procesales, desde el día 16 y hasta el día 31 de marzo (art. 1, prórrogas que se mantienen a la fecha de esta publicación); estableció una prestación mínima del servicio de justicia para la atención de *asuntos urgentes*. Los artículos 8 y 9 están destinados a *pautas de higiene y prevención*. Para ello, consideró

la declaración de pandemia efectuada recientemente por la Organización Mundial de la Salud respecto de la infección causada por el virus COVID-19 (coronavirus), las recomendaciones realizadas por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires (Res. 2020-393-GDEBA- MSALGP y Res.-2020-394-GDEBA-MSALGP), la declaración del estado de emergencia sanitaria en el ámbito de toda la provincia de Buenos Aires a tenor de dicha pandemia (Dec.-2020-132-GDEBA), el Decreto emitido por el Sr. Gobernador de la provincia de Buenos Aires (2020-04974866-GPBA) al que esta Suprema Corte de Justicia en coordinación con la Procuración General adhirió por Resolución N.º 271 del 11 de marzo del corriente año...

De gran importancia, por la dinámica de trabajo que introdujo, fue la Resolución N.º 10/20, de fecha 18 de marzo del 2020, sobre «Pautas para la modalidad de trabajo en domicilio y otras medidas excepcionales y temporales en el marco de la vigencia de la Resolución 386/20». En su artículo 1, se dispuso:

Establecer las siguientes disposiciones, instrucciones y recomendaciones tendientes a proteger y preservar la integridad y la salud de las partes, profesionales, auxiliares de justicia, público en general, agentes, funcionarios y magistrados judiciales, respecto de la infección causada por el virus COVID-19 (coronavirus), las que tendrán carácter excepcional y vigencia hasta el 31 de marzo del corriente año.

A dichos efectos, se dispuso:

Limitación de la concurrencia a los tribunales (art. 1.1) a) Pautas generales para litigantes, profesionales y público en general: Hacer saber a los litigantes, profesionales y al público en general que deberán canalizar todo trámite, gestión, información u otras actuaciones que sean necesarias y urgentes por medios telemáticos, conforme las normativas vigentes y las que, con carácter excepcional, se establecen en la presente de modo complementario o modificatorio. El acceso a las dependencias del Poder Judicial se limitará a la persona que ha sido citada o es parte procesal, siempre que la petición que requieran no pueda realizarse o evacuarse por medios electrónicos o telefónicos. Sólo mediando causa justificada por razones de salud, imposibilidad física o tratándose de personas que requieran de acompañamiento o apoyo, podrá acceder al edificio acompañado de otra persona.

Esta limitación de acceso presencial a los juzgados y su reemplazo por medios telemáticos se encuentra complementada con el trabajo remoto (art. 1, apartado 1b.1) y la prohibición de traslado de expediente soporte papel (art. 1, apartado 1b.1.3).

Asimismo, la Resolución dispone la suspensión de las actuaciones procesales (reiterando lo dispuesto por la Resolución N.º 386/20):

... salvo aquellas relativas a movimientos bancarios (*v. gr.* apertura de cuentas, pedidos de saldos, giros, transferencias) y aquellos actos procesales que los magistrados consideren urgentes, siempre que la celebración de la actuación procesal no conlleve riesgo para la salud de las personas. En este caso, deberá darse estricto cumplimiento a las recomendaciones emitidas por las autoridades sanitarias.

En el resaltado, advertimos ese constante desafío que propone la Suprema Corte de que, aún vigente la suspensión de actuaciones procesales, el juez debe atender aquellas cuestiones consideradas urgentes. Algunas de estas cuestiones quedan enumeradas en la norma: movimientos bancarios. Para el resto, la cuestión urgente queda librada al prudente juicio del magistrado. La norma solo le pone un condicionamiento: no exponer la salud de las personas.

Sigue la norma en análisis atendiendo otros aspectos. Las audiencias quedan suplidas por resoluciones judiciales o videoconferencias, «en este caso siempre que los intervinientes cuenten con las facilidades informáticas a tal fin y fuese posible en función del caso» (art. 1, apartado 2.b11.2). Solo de manera excepcional, puede accederse a una audiencia presencial con recaudos que la misma norma deja prevista, tales como la concurrencia mínima de personas, evitando comparendo de personas de alto riesgo, manteniendo distancia de un metro, y permaneciendo en espacios ventilados (art. 1, apartado 2.b11.4).

La misma Resolución tiene previsto una modificación excepcional en el régimen de presentaciones electrónicas y notificaciones. Así, respecto a los escritos, existen disposiciones contempladas en el art. 1, apartado 3.a.b. No queremos detenernos en consideraciones sobre presentaciones electrónicas, pues no es el objeto del trabajo. No obstante, los distintos incisos dedicados a ellos evidencian la preocupación por el uso potenciado de la informática.

Sobre las notificaciones, la parte pertinente de la Resolución 10/20 dice (art. 1, apartado 3.c.1/6):

c) Notificaciones electrónicas:

c. 1) Notificación oficiosa y urgente. Los órganos judiciales realizarán de oficio la notificación electrónica de las providencias, resoluciones y sentencias judiciales que legalmente deban notificarse mediante cédula. Sólo se notificarán aquellas que se consideren urgentes.

c. 2) Casos en los que la normativa ritual prevé su diligenciamiento en soporte papel (ref. art. 1, segundo párrafo, Anexo I del Acuerdo N.º 3845). Implementación de formato electrónico: en los casos que las normativas adjetivas establezcan que la notificación de la sentencia definitiva o equiparable a ésta se efectúe en formato papel (*v. gr.* arts. 137, inc. 12 y 143 del Decreto Ley N.º 7425/68, supletoriamente art. 16 Ley N.º 11653; 7 Ley N.º 14142), la misma se realizará en forma electrónica.

Sólo cuando la cédula tenga que ser cursada a un domicilio real se diligenciará en formato papel. Respecto de aquellas diligencias que, de acuerdo a la normativa vigente, puedan ser llevadas a cabo exclusivamente por personal policial, la Oficina de Mandamientos y Notificaciones procurará efectuar las gestiones necesarias para requerir la colaboración de la Comisaría respectiva. En caso de no contarse con la colaboración petitionada, aquella deberá efectivizar el diligenciamiento de todas formas, dándose estricto cumplimiento a las medidas sanitarias pertinentes.

c. 3) Devolución de las cédulas en soporte papel (art. 8, inciso «a», último párrafo, Anexo I del Acuerdo N.º 3845): la devolución de las cédulas en soporte papel luego de practicada

la diligencia se realizará por medios electrónicos, escaneando las constancias respectivas e incorporándolas en el Sistema de Gestión Judicial.

c. 4) Adjunción de copias a las cédulas en formato papel (art. 8, inc. «b», último párrafo, Anexo I del Acuerdo N.º 3845 y Acuerdo N.º 3397). En el caso que tengan que adjuntarse copias a la cédula en formato papel, se permitirá su remisión por medios electrónicos a los organismos encargados de practicar las notificaciones. En esta hipótesis, el interesado en practicar la comunicación deberá asegurarse que las copias están incorporadas en formato electrónico. Del mismo modo, si la notificación se efectúa por Secretaría, será obligación de los funcionarios designados en cada órgano incorporar las copias al Sistema de Gestión Judicial.

Los organismos encargados de practicar las notificaciones en formato papel serán los encargados de imprimir tanto la cédula como las copias electrónicas remitidas por el órgano judicial actuante para su posterior diligenciamiento.

c. 5) Mandamientos (art. 9, Anexo I del Acuerdo N.º 3845). Las reglas previstas en el punto anterior serán aplicables a los mandamientos.

Complemento de la anterior, la Resolución N.º 12/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 20 de marzo del 2020), prorrogó hasta el 31 de marzo las medidas cautelares o de protección judicialmente decretadas (tales como exclusión del hogar, prohibición de acercamiento o contacto, perímetros de exclusión, etc. Dicha prórroga no requería notificación en cada expediente. Pero lo más significativo de esta Resolución a los efectos de nuestro trabajo lo constituye los artículos 3 y 4, que señalan lo siguiente:

Artículo 3. Autorizar a los juzgados de familia y de en turno a recibir las denuncias por violencia familiar o de género provenientes de las respectivas Comisarias, por cualquier canal telemático en los teléfonos oficiales, incluso utilizando la aplicación de mensajería instantánea o equivalente, de conformidad con lo dispuesto por el 1.3. a) de la Resolución de Presidencia N° 10/20

Artículo 4: Sin perjuicio de las previsiones de la Resolución de Presidencia 10/20, disponer que una vez recibida la denuncia el órgano judicial podrá utilizar los medios telefónicos y telemáticos a su alcance (incluida la aplicación WhatsApp) para informar de manera inmediata a las partes y/o autoridades competentes:

a) El Juzgado de Familia o de Paz que tomará intervención en el caso. b) Los teléfonos y canales específicos para comunicarse de acuerdo al juzgado donde esté radicada la causa. c) Cualquier medida que pudiese decretarse o disponerse en la causa a efectos de su cumplimiento. d) El envío y requerimiento de información relevante de la causa. También podrán utilizarse dichos medios para la celebración de audiencias.

En síntesis, se autoriza a los Juzgados de Paz y de Familia a recibir denuncias por mensajería instantánea, inclusive WhatsApp, y notificar por los mismos medios reso-

luciones judiciales. A estos efectos, el art. 7 provee a los juzgados de nuevos teléfonos celulares.

La Resolución N.º 14/20 (del 30 de marzo del 2020), además de prorrogar el asueto dispuesto en la Resolución 386/20, dispone:

Artículo 7: Sin perjuicio de la resolución prioritaria de las cuestiones de urgente despacho que se presenten, los Sres. Magistrados deberán programar sus tareas a fin de poder dictar, complementariamente y en la medida de lo posible, dadas las circunstancias, providencias, resoluciones interlocutorias o sentencias definitivas que se encuentren pendientes.

Luego de las Resoluciones N.º 10/20 y N.º 12/20, fueron apareciendo otras con las que se continúa potenciando el recurso informático. Así, la Resolución N.º 15/20 (3 de abril del 2020) dispuso el inicio de expedientes a través del portal de presentaciones electrónicas y aclaró que solo pueden iniciarse expedientes urgentes (art. 3). En la misma línea argumental, la Resolución N.º 16/20 (del 7 de abril del 2020) generalizó las transferencias, todas de manera electrónica. Y la Resolución N.º 17/20 (del 7 de abril del 2020) dispuso el pago de aportes previsionales de abogados, también de manera electrónica.

El Acuerdo 3971 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 15 de abril del 2020) dispuso el uso de la firma digital inclusive de manera remota, para los miembros del Tribunal que integran la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, los secretarios, subsecretarios y todo otro funcionario que disponga el presidente (art. 1). El Acuerdo 3975 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 17 de abril del 2020) estableció un «Reglamento para escritos, Resoluciones, Actuaciones, Diligencias y Expedientes Judiciales». En el art. 11, se dispone que los expedientes se tramiten en formato digital; se prevén normas para el expediente en formato mixto.

Por su importancia, analizamos por separado la Resolución N.º 480/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 27 de abril del 2020), que mantiene las medidas dispuestas en la Resolución 386/20 (art. 1), «pero reanuda los plazos para el dictado de toda clase de resoluciones y sentencias y de su notificación electrónica». Se mantiene la prohibición de iniciar nuevos procesos, salvo los urgentes (art. 5). Los arts. 6 y 7 tienen a los fines de nuestro trabajo una significación especial. Por ello los transcribimos:

Artículo 6º: Mediando petición de parte, los órganos judiciales podrán autorizar, en atención a las circunstancias y según su sana discreción, el uso de herramientas tecnológicas accesibles para la realización a distancia de actos procesales que de otro modo pudieran verse impedidos. Los órganos judiciales podrán ordenar la realización de actos procesales de cuya suspensión o postergación pudiera derivarse un grave perjuicio a derechos fundamentales, a practicarse mediante el uso de las herramientas tecnológicas disponibles.

Artículo 7º: Lo dispuesto en el primer párrafo del artículo anterior no tendrá lugar en relación con los siguientes actos o diligencias procesales.

a. La declaración de testigos y la absolución de posiciones. Los órganos judiciales podrán autorizar la producción de prueba de peritos en todo o en parte, de reconocimiento judicial,

de informes y documental, según su sana discreción, cuando los medios tecnológicos disponibles lo permitan y no implique afluencia o traslado de personas a la sede de los organismos o dependencias judiciales o al lugar donde deba practicarse la diligencia.

b. Las audiencias de vista de causa en los procesos laborales y de familia.

c. La audiencia con niños, niñas y adolescentes prevista en los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3 inc. b) de la Ley 26.061 y 4 inc. b) de la Ley 13.298 y 707 del Código Civil y Comercial, o con personas con capacidad restringida también reglada en esta última norma. En ambos casos, previo informe técnico-profesional debidamente fundado sobre su procedencia y establecida la pertinente factibilidad tecnológica, el órgano judicial podrá decidir llevarla a cabo a distancia por medios tecnológicos.

Para el fuero de familia, es necesario compatibilizar esta Resolución con la N.º 23/20 (del 4 de mayo del 2020), la que aclara que la reanudación de plazos es solo para los procesos urgentes:

Sin perjuicio de lo expuesto, el titular del órgano judicial queda facultado para dictar las demás resoluciones que correspondieran en los asuntos no urgentes, en cuyo caso se reanudarán los plazos para la notificación electrónica de la decisión y realización de los actos procesales consecuentes, de conformidad con lo dispuesto por el citado artículo 3 de la Resolución de Corte 480/20 (art. 1).

La Resolución N.º 28/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 18 de mayo del 2020) crea «un servicio de consulta a la mesa de entradas de los órganos jurisdiccionales a través de la MEV» (art. 1), «destinado a la contestación de las consultas que profesionales, partes o ciudadanía en general realicen de modo remoto» (art. 2).

La Resolución de Personal N.º 5/20 (del 15/6/2020) aprobó «el protocolo General de Actuación para la Prevención y Seguimiento de COVID-19 en el ámbito de la Jurisdicción Administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires». Este protocolo lo resaltamos como prueba de la preocupación de la Suprema Corte, en este caso, a través de la Secretaría de Personal, tendiente a cuidar el aspecto sanitario.

La Resolución N.º 593/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 20 de junio del 2020) dispuso que

... a partir del 25 de junio del 2020 el ingreso, recepción y posterior distribución diaria por medios electrónicos de todas las causas correspondientes a los fueros, civil y comercial, de familia, laboral y contencioso administrativo, se realizará de acuerdo al presente régimen (art. 1).

Mantener como único mecanismo para la recepción de las causas que se inicien [...] la plataforma incorporada a través de la Resolución 558/20 reglamentaria del ingreso de modo remoto a las Receptorías de Expedientes departamentales o descentralizados (art. 2).

La Resolución N.º 655/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del 24 de junio del 2020) «establece como condiciones para la habilitación y funcionamiento de los Juzgados, Tribunales y dependencias de la cabecera departamental y sedes descentralizadas, las siguientes» (art. 1), que se encuentran contenidas en el Anexo I.

Entre los puntos relevantes de la Resolución, se encuentra prevista la habilitación laboral de juzgados que se encuentren dentro de partidos alcanzados por el DNU PEN N.º 520/20; el ajuste a las decisiones sanitarias previstas por la autoridad nacional; el cumplimiento del Protocolo General de Actuación para la prevención y seguimiento de COVID-19 aprobado por SPL 5/20; la posibilidad de retrogradación frente a alarmas sanitarias.

Si tuviéramos que extraer de ellas los grandes lineamientos que surgen en conjunción armónica, no dudamos en realizar esta síntesis. La Suprema Corte, en sintonía con las pautas sanitarias establecidas por los Gobiernos nacional y provincial, ha buscado un equilibrio entre la protección de la salud sin descuidar el acceso a la justicia. Para lo primero, básicamente debió acentuar el aislamiento, limitando a la mínima expresión la circulación de personas. Para lo segundo, abrió otros canales de comunicación, básicamente los informáticos.

La búsqueda de este equilibrio ha resultado dinámica. Con el establecimiento del asueto (Resolución N.º 386/20), la actividad judicial quedaba limitada a lo urgente. Con el transcurso del tiempo, sin perjuicio de disponer la atención de cuestiones urgentes, fue *abriendo el grifo* y dejó librado al criterio del juez el modo de programar su actividad para activar cuestiones que no revistieran ese carácter urgente. Esta posibilidad (trabajar más allá de la urgencia) estuvo ligada al desarrollo informático, tal como se desprende básicamente de las Resoluciones N.º 10/20, N.º 12/20 y N.º 480/20.

El pivote sobre el que bascula la salud y el acceso a la justicia, evidentemente, es el recurso informático. Solo por excepción, se admite la atención presencial.

No queremos dejar de hacer una reflexión respecto de una palabra clave machaconamente usada en casi todas las resoluciones. Ella es *urgencia*. Con distinta redacción se alude a ella: deben atenderse las cuestiones que revistan este carácter. No pueden iniciarse nuevas causas que no sean urgentes. La Resolución N.º 23/20 faculta a los jueces para dictar las demás resoluciones que correspondieran en los asuntos no urgentes, claro (ya lo hemos referido) en la medida de no exponer la salud de las personas.

Creemos interpretar que esta pauta, disponer que los jueces atiendan en principio lo urgente, aunque autorizándoles a ocuparse del resto, aunque no tenga aquella cualidad, conduce a esta conclusión singular: en realidad, lo urgente, dentro de este fuero tan particular, no está limitado solo al concepto que usamos en las medidas cautelares. Cuando ya llevamos más de cien días de cuarentena, la urgencia desborda el concepto que usamos dentro del ámbito cautelar. Así, el conflicto familiar (urgente o no) debe tener una atención. Claro, con las limitaciones propias que la pandemia impone.

En cuanto a las notificaciones, nuestro objeto de estudio, es claro que se prioriza la notificación electrónica. Solo cuando la cédula tenga que ser cursada a un domicilio real,

se diligenciará en formato papel. En este caso, se puede contar con la colaboración de la comisaría respectiva. En su defecto, queda a cargo del oficial notificador. Obviamente, solo se notificarán providencias, resoluciones y sentencias que se consideren urgentes.

Lo más interesante es que la Resolución N.º 12/20 autoriza el uso de la mensajería instantánea por WhatsApp o equivalentes para recibir o notificar resoluciones y que «Todos los actos que se realicen por aquellos medios gozarán de plena validez» (4 *in fine*).

El uso de esta herramienta en el contexto actual de pandemia, que modifica las prácticas laborales, justifica el capítulo que sigue.

II. Principios en juego

Nuestro objetivo es analizar la utilización de la mensajería instantánea. La Suprema Corte de Buenos Aires la ha autorizado. Nos cuestionamos sobre el alcance de su utilización. Es más, nos cuestionamos si dicha posibilidad podrá extenderse más allá de la finalización de la pandemia.

La respuesta requiere mirar el problema desde la perspectiva del derecho constitucional y convencional.

Ya el constituyente, con la reforma a la Carta Magna de 1994, incorporó principios fundamentales que acentuaron la concepción social y material en concreto, y que se materializa a través de las «acciones positivas»¹ a cargo del Estado para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (Berizonce, 2015). Integran así nuestro derecho positivo diversas convenciones humanitarias, muchas de ellas con jerarquía constitucional; otras, con rango superior a las leyes². La recepción de los instrumentos internacionales en el orden interno generó un cambio paradigmático que ubica a la persona

¹ Artículo 75 inc. 23 C. N.: «Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...».

² Artículo 75 inc. 22 C. N.: «Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

como sujeto de derecho y especial protección en cuanto a las prerrogativas tuteladas. La internacionalización de los derechos humanos componen un plexo indisociable de derechos y garantías que obliga a los Estados firmantes, a la estricta observancia de los compromisos allí contraídos³.

Bajo esta premisa, resulta relevante, a fin de abordar el tema que nos ocupa, analizar entonces cuáles son los principios de naturaleza procesal —entendidos estos como derechos y garantías del sujeto activo y pasivo de la relación jurídica— que se encuentran en juego.

Con la constitucionalización del derecho privado, que apunta a señalar lo que se ha denominado «un giro copernicano en la historia del derecho y de las constituciones modernas» —tutelando de modo prioritario a la persona humana (Mosset Iturraspe, 1994)—, el 1 de agosto de 2015, entra en funcionamiento el Código Civil y Comercial de la Nación⁴.

En palabras del doctrinario Berizonce (2015), «el paradigma protectorio», por definición, busca tutelar a los más débiles, y su fundamento constitucional es la igualdad, considerando a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto, por cuanto, en el nuevo régimen de la novel legislación de fondo, la figura del juez y de sus potestades sustantivas y procesales ocupan como nunca antes el centro de la escena.

En la comunión de los principios que emanan del texto de la Constitución Nacional en concordancia con el sistema trasnacional de derechos humanos, el Código Civil y Comercial de la Nación recoge estas pautas teniendo como norte el efectivo amparo de aquellos involucrados en un determinado proceso.

Nuestra experiencia en el fuero de familia nos indica que, tal como ya lo hemos esbozado al desarrollar el concepto de *urgencia* (concepto que desborda lo meramente cautelar), en el ámbito de las relaciones interpersonales, se requiere de un magistrado con un deber indelegable, capaz de remover todos aquellos escollos que impidan el acceso real a la jurisdicción por razones puramente formales.

La denominada «justicia de acompañamiento o de protección» implica el mandato de un juez creativo, plástico, que flexibilice las formas a fin de que el justiciable que requiere el auxilio de la jurisdicción obtenga un pronunciamiento eficaz, efectivo y en tiempo oportuno.

Ello comprende la posibilidad de utilizar todas las herramientas procesales necesarias para garantizar el efectivo acceso a los derechos y que se completa con la regla de la proporcionalidad que debe mediar entre la herramienta de rito y la solución buscada (García Solá y Barberio, 2011). En palabras de Roland Arazi (2012), es deber de los juristas

³ Véase Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados: Artículo 27. El Derecho Interno y la Observancia de los Tratados: «... una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 46». Para quien pretenda profundizar en el tema, lo que trata la Convención en este aspecto es la irreversibilidad de los compromisos contraídos por el Estado firmante. Ratificada por la Argentina mediante la Ley N.º 19.865.

⁴ Véase Ley N.º 26.994, artículo 7, modificado por la Ley N.º 27.077, artículo 7.

que ninguna exigencia administrativa o formal frustre la tutela efectiva de derechos. Deberán observarse los principios propios del debido proceso legal, sin perjuicio de adaptar, razonable y funcionalmente, el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice.

En el orden sustantivo, el primer principio general que enumera el artículo 706 del Código Civil y Comercial es la «Tutela Judicial Efectiva». Esta directriz ha sido ubicada en el vértice de la escala valorativa constitucional y su alcance comprende la garantía de acceso a la justicia, la que se complementa con los principios de concentración y celeridad, ambos derivados de la economía procesal (Berizonce, 2014). Dicha pauta emana de los distintos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que nuestra República ha ratificado⁵, y que requiere, en muchos de los casos, una tutela diferenciada y reforzada —*un plus de protección*— respecto de aquellas personas en condiciones de vulnerabilidad⁶.

Lo cierto es que este derecho a la jurisdicción no se agota con el inicio de la acción de quien pretende protección de un bien jurídico, sino que acudir a la justicia representa un sola parte del proceso. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue mayor de la judicatura que, fundamentalmente, requiere que se cumpla con la garantía del debido proceso cuyo meollo radica en el derecho de defensa, y que la pretensión de autos se resuelva mediante un pronunciamiento oportuno en el tiempo, debidamente fundado y justo para las partes del proceso (Bidart Campos, 2006).

⁵ Para ampliar el tema, ver Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 8 inc. 1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley; Artículo 25:1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo XVIII. Derecho de justicia Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, entre otros.

⁶ Véase Artículo 706 del Código Civil y Comercial: «Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas».

Obviamente, en este esquema, no solo debemos poner el acento en quien reclama un derecho, sino también de quien se defiende de un reclamo en concreto. Es decir, entonces, que la facultad de acceso a la jurisdicción no es solamente para aquel que toma la iniciativa del proceso, sino también para el demandado sujeto pasivo de la relación jurídica.

La inviolabilidad de la defensa en juicio tanto de las personas cuanto de sus derechos⁷, como el principio de igualdad y no discriminación⁸, implica que ambas partes se encuentren con las mismas posibilidades y en igualdad de condiciones de recurrir ante el juez natural, lo que se conecta directamente con la «bilateralidad o contradicción» que en la generalidad de todo proceso debe primar. Este principio de «controversia» entraña la prohibición de que los jueces se pronuncien sin previamente haber oído a la parte accionada (como carga procesal) y con ello la posibilidad de producir prueba respectiva. Es sobre esta idea fundamental que las leyes procesales estructuran los denominados actos de *transmisión o comunicación*, como son los traslado, las vistas y las notificaciones (Palacio, 2000, p. 66), tema que desarrollaremos con mayor profundidad en el punto siguiente.

Otro principio que entendemos debe ser traído al ruedo de estas consideraciones, como también para una debida actuación de los distintos operadores de la justicia es la «buena fe y lealtad procesal». Consiste en velar por una actuación en el marco de las reglas de la ética profesional a fin de evitar que, con meras presentaciones inoficiosas, perjudiquen o dilaten el trascurso y desarrollo normal del proceso. Dicho de otro modo, estos principios constituyen deberes jurídicos de contenido ético, que tienden a impedir que los involucrados lleven actos contrarios al principio de moralidad (Lorenzetti, 2015). Este aspecto es concordante con los artículos 9 y 10 del Código Civil y Comercial⁹, toda vez que por imperativo legal no se ampara el ejercicio abusivo de los derechos.

En su conjunto, todos estos principios aseguran los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial. Importan también una simplificación de los trámites; una

⁷ Léase Artículo 18 C. N.: «Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice».

⁸ Artículo 16 C. N.: «La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».

⁹ Artículo 9 Código Civil y Comercial: «Los derechos deben ser ejercidos de buena fe»; artículo 10 Código Civil y Comercial: «El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización».

aceleración en los tiempos de reconocimiento y efectivización de los derechos, como de la búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva. Finalmente, la consagración del derecho material, que no puede verse frustrada por meras formalidades (Berizonce, 2015)

Entendemos entonces que, a fin de asegurar el real acceso a la justicia, la debida eficacia de la ley con un pronunciamiento en tiempo útil, pero sin desatender el debido proceso y la defensa en juicio del legitimado pasivo, indefectiblemente el juez «acompañante» y director del proceso deberá compatibilizar el estado de emergencia sanitario actual y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos debidamente tutelados. Nuestra experiencia como integrantes del fuero de familia nos convoca a repensar métodos creativos, componedores, con la plasticidad que la coyuntura actual nos demanda, teniendo siempre como norte y en la medida de lo posible el restablecimiento del equilibrio familiar impactado por la conflictiva.

III. ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de notificación por mensajería instantánea vs. notificación por cédula?

Pese a que el uso de las mensajerías instantáneas se encuentra autorizado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, resulta una herramienta desconocida y ello seguramente nos desconcierta. Al carecer de una regulación, es posible que nos manejemos con cierta inseguridad.

Conscientes de ello, propondremos al lector el paralelismo que hemos encontrado entre la clásica notificación por cédula (trámite que se encuentra regulada y además tantos años usada) y estas nuevas herramientas de comunicación. De este modo, nos preguntamos: ¿De qué estamos hablando?, ¿cuál sería el marco jurídico de estas nuevas tecnologías? Advertimos al lector, al menos es nuestra mirada, que no existe una diferencia tan marcada entre lo conocido (la cédula) y lo desconocido (la mensajería instantánea), que se ha presentado casi sin pedir permiso, con la inevitable llegada de la pandemia COVID-19.

Creemos que es posible transpolar la estructura legal que regula el contenido y diligenciamiento de la cédula a la mensajería instantánea.

Ya conocemos las diversas resoluciones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y hemos repasado los distintos principios y garantías que no deben verse vulnerados, lo que exige plasticidad de los órganos jurisdiccionales. Entendemos, desde nuestra experiencia, que el confinamiento ha evitado en gran medida la circulación de las personas, para cuidar el aspecto sanitario, pero no limita el ingreso y atención de causas. Cada órgano ha ido atendiendo como pudo el reclamo del litigante.

Cuando enumeramos los principios de corte netamente procedimental, decíamos que la «bilateralidad» garantiza la debida defensa de los justiciables a través de los traslados de ley que el juez ordena en el proceso. Las leyes adjetivas contemplan, como uno de los actos

procesales, los referidos a la comunicación y transmisión (Arazi, 2012) para que las partes puedan ser oídas y ejerzan su defensa.

Para este «diálogo» que supone el proceso, entre ellas y el juez, está previsto, en su primera presentación, la carga de constituir un domicilio procesal físico¹⁰ y electrónico¹¹, como así también el denunciar el domicilio real donde se les cursarán todas las notificaciones, según corresponda.

Así, el Código de rito establece diversos tipos y modos de notificaciones, según lo que se deba anotar. La que aquí nos interesa y que hace nuestro objeto de estudio es la que se encuentra prevista en el artículo 135 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires¹².

Para el traslado de demanda, reconvención, citación de personas extrañas al proceso, sentencias definitivas o bien aquellas que deben efectuarse con entregas de copias, la diligencia deberá realizarse por cédula o por acta notarial, sin perjuicio de lo prescripto

¹⁰ Léase el artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: «Toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de tercero, deberá constituir domicilio dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal, juntamente con una casilla de correo electrónico, que será la asignada oficialmente al letrado que lo asista, donde se le cursarán las notificaciones por cédula que no requieran soporte papel y la intervención del Oficial Notificador. Estos requisitos se cumplirán en el primer escrito que presente, o audiencia a que concurra, si es ésta la primera diligencia en que interviene. En las mismas oportunidades deberá denunciarse el domicilio real de la persona representada. Se diligenciarán en el domicilio legal todas las notificaciones a domicilio que no deban serlo en el real».

¹¹ Para ampliar en el tema, puede verse Acordada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Ac. 3733/14: Artículo 1.º: «Disponer que las notificaciones, comunicaciones y presentaciones de cualquier índole que deban llevarse a cabo entre los órganos de la Jurisdicción Administración de Justicia que se detallan en el artículo siguiente, los letrados, los auxiliares de justicia, los entes públicos, provinciales y municipales, y del Estado Nacional, siempre que no requieran la remisión del expediente, se realizarán conforme las disposiciones del Acuerdo N.º 3540 y Resolución N.º 3415/12. 3 Siempre que esté disponible el uso de la notificación electrónica, no se podrá utilizar la notificación en formato papel, salvo que existieren estrictas razones fundadas en contrario».

¹² Artículo 135 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: «Notificación personal o por cédula. Sólo serán notificadas personalmente o por cédula las siguientes resoluciones: 1) La que dispone el traslado de la demanda, de la reconvención y de los documentos que se acompañen con sus contestaciones. 2) La que ordena absolución de posiciones. 3) La que declara la cuestión de puro derecho y la que ordena la apertura a prueba. 4) Las que se dictan entre el llamamiento para la sentencia y ésta. 5) Las que ordenan intimaciones, o la reanudación de términos suspendidos, aplican correcciones disciplinarias o hacen saber medidas precautorias o su modificación o levantamiento. 6) La providencia "por devueltos" cuando no haya habido notificación de la resolución de Alzada o cuando tenga por efecto reanudar plazos suspendidos. 7) La primera providencia que se dicte después que un expediente haya vuelto del archivo de los tribunales, o haya estado paralizado o fuera de secretaría más de 3 meses. 8) Las que disponen traslados o vistas de informes periciales o liquidaciones. 9) La que ordena el traslado de la prescripción. 10) La que dispone la citación de personas extrañas al proceso. 11) Las que se dicten como consecuencia de un acto procesal realizado con anterioridad al plazo que la ley señala para su cumplimiento. 12) Las sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza de tales, con excepción de las que resuelvan negligencias en la producción de la prueba. 13) La providencia que denegare el recurso extraordinario. 14) Las demás resoluciones de que se haga mención expresa en la ley. No se notificarán por cédula las regulaciones de honorarios que estén incluidas o sean consecuencia de resoluciones mencionadas en el presente artículo. Los funcionarios judiciales quedarán notificados el día de la recepción del expediente en su despacho. Deberán devolverlo dentro de las 24 horas, bajo apercibimiento de las medidas disciplinarias a que hubiere lugar».

por el artículo 143 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires¹³, que enumera otros medios de notificación válidos en la medida en que se transcriba su contenido.

Con este panorama, y con las distintas resoluciones aquí esbozadas, podemos entonces concluir que el dilema se presenta cuando no tenemos domicilio electrónico constituido en autos y la cédula deba ser cursada a un domicilio real, toda vez que, dado el confinamiento obligatorio dispuesto, resultan válidas todas las notificaciones cursadas en los domicilios virtuales (remitimos al punto II de la Resolución N.º 10/20 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires).

Para un mejor encuadre normativo, debemos repasar, entonces, lo siguiente: ¿De qué hablamos cuando nos referimos a medios de notificación?, ¿qué formalidades requiere una cédula en cuanto al diligenciamiento, contenido e intervención del funcionario que perfecciona el acto?, ¿a qué se refiere el ordenamiento adjetivo cuando autoriza la notificación por acta notarial?, ¿resultaría equiparable la figura del actuario con la del oficial de justicia? Y si la notificación por medios alternativos resulta válida, ¿cuándo operará la fecha de notificación a los efectos del cómputo de los plazos? Todos estos interrogantes son los que intentaremos responder a continuación.

El artículo 136 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires establece que, a la hora de confeccionar el instrumento de estilo, este deberá contener: 1) Nombre y apellido de la persona que ha de notificarse o designación que corresponda y su domicilio, con indicación del carácter de este; 2) juicio en que se practica; 3) juzgado y secretaría en que tramita el juicio; 4) transcripción de la parte pertinente de la resolución; 5) el objeto, claramente expresado, si no resultare de la resolución transcrita. En el caso de acompañarse copias de escritos o documentos, la cédula deberá contener detalle preciso de aquellas.

¹³ Artículo 143 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: «Medios de notificación: En el caso que este Código, en los procesos que regula, establezca la notificación por cédula, ella también podrá realizarse por los siguientes medios: 1) Correo electrónico oficial. 2) Acta Notarial. 3) Telegrama Colacionado con copia certificada y aviso de entrega. 4) Carta Documento con aviso de entrega. Se tendrá por cumplimentada la entrega de copias si se transcribe su contenido. En caso que ello resulte imposible o inconveniente las copias quedarán a disposición del notificado en el Juzgado, lo que así se le hará saber. Se tomará como fecha de notificación el día de labrada el acta o entrega del telegrama o carta documento, salvo que hubiera quedado pendiente el retiro de copias, en cuyo caso se computará el día de nota inmediato posterior. Esta última fecha se tomará en cuenta en los supuestos que la notificación fuera por medio de correo electrónico, independientemente que se transcriba o no el contenido de las copias en traslado. Los medios mencionados en los apartados 1), 3) y 4) no podrán utilizarse en los supuestos de notificaciones previstas en los apartados 1), 10) y 12) del artículo 135. El Juzgado o Tribunal deberá realizar de oficio, por medio de correo electrónico o por cédula, las notificaciones previstas en los apartados 3), 4) y 11) del artículo 135; la providencia que cita a audiencia preliminar y la que provee a la prueba ofrecida. La elección de los medios enunciados en los apartados 2), 3) y 4) se realizará por los letrados, sin necesidad de manifestación alguna en las actuaciones. Los gastos que arrojen las notificaciones integrarán la condena en costas; con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 77. Ante el fracaso de una diligencia de notificación no será necesaria la reiteración de la solicitud de libramiento de una nueva, la que incluso podrá ser intentada por otra vía».

Estos mismos requisitos pueden encontrarse presentes en la mensajería instantánea. En cuanto a la documentación que corresponda remitir, se hará en formato PDF con su correspondiente constancia de agua del usuario que lo ha generado, lo que se obtiene directamente del propio sistema de gestión Augusta.

El domicilio al que alude el inciso 1, del artículo 135 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, será en una notificación por mensajería al número de teléfono del celular del destinatario de la notificación, que ha sido denunciado por la parte que tiene interés en la notificación.

A su turno, para el diligenciamiento, el artículo 138 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires¹⁴ dispone la actuación de un oficial notificador (funcionario público) de la oficina de Mandamientos. En la mensajería instantánea, será el secretario del juzgado. Y el desplazamiento físico que realiza el oficial de justicia se reemplazará por el uso del teléfono celular institucional del órgano interviniente.

Recordemos que, atento la emergencia sanitaria actual, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires mediante Resolución N.º 12/20 dispuso que los Juzgados de Familia deberán ser dotados de dispositivos móviles adicionales para ser utilizados como canal de comunicación (vía mensajería instantánea por WhatsApp o equivalente) y que dichos números telefónicos deberán ser publicados en la página oficial de la Suprema Corte a fin de asegurar su accesibilidad.

La fe pública que la intervención del oficial notificador brinda a la notificación por cédula la dará el actuario (lo reiteramos) mediante la utilización del dispositivo móvil institucional e identificable, lo que le proporciona autoría indubitable al acto de transmisión. En efecto, cada teléfono celular, más allá del número asignado a este, cuenta con un código de identificación único que permite establecer que una comunicación fue cursada de dicho dispositivo y no de otro. Ello es lo que se denomina código IMEI¹⁵.

Ahora bien, ¿podemos considerar a este acto de transmisión —por mensajería instantánea— una notificación eficaz?

Más allá de lo que dispone el art. 287 del Código Civil y Comercial, en cuanto a que los instrumentos particulares pueden estar firmados o no firmados, lo cierto es que, en la mensajería instantánea, con el mecanismo que describimos, la constancia de agua que el propio sistema informático Augusta le proporciona al documento electrónico que se adjunta en PDF (expresión escrita)¹⁶ lo torna intangible. Además, dicha notificación se

¹⁴ Artículo 138 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: «Diligenciamiento. Las cédulas se presentarán en secretaría enviándose dentro de las 24 horas a la oficina de mandamientos y notificaciones, cuando la diligencia deba cumplirse en el partido asiento del Juez de la causa. Cuando la diligencia deba cumplirse en otros partidos, una vez selladas, se devolverán en el acto y previa constancia, en el expediente, al letrado o apoderado, quien las deberá presentar en la oficina de mandamientos que corresponda, o, donde no la hubiere, en los pertinentes juzgados de paz o alcaldías. La reglamentación determinará los plazos en que deberán ser devueltas, considerándose falta grave del oficial primero la demora en la agregación de las cédulas».

¹⁵ El IMEI es un código de 15 dígitos que sirve para identificar a cada equipo móvil a nivel mundial. Para más información, <https://www.enacom.gob.ar/imei>.

¹⁶ Artículo 286 del Código Civil y Comercial: «Expresión escrita. La expresión escrita puede tener lugar por

envía desde el teléfono celular institucional del Juzgado, el cual es identificable, y con ello podríamos decir que le concede autoría a la comunicación.

Ahora bien, el oficial notificador debe labrar un acta que describa el resultado de su intervención. Su contenido da fe hasta que sea redarguido falso, pues se encuentra suscripto por un funcionario público. Debe presentarse en el lugar, requerir la presencia del destinatario de la notificación, en su defecto realizar las averiguaciones pertinentes sobre si el requerido se domicilia allí, como también expresar si está imposibilitado de realizar el acto¹⁷. Ello ingresa al expediente electrónico mediante la digitalización de la copia que es remitida al juzgado.

Traspalando dicha intervención a la notificación por mensajería instantánea, en el lugar del oficial de justicia intervendrá el secretario del Juzgado¹⁸. Dicha información confeccionada por el oficial notificador en la cédula será reemplazada, en la notificación por mensajería instantánea, con el acta que redacte el secretario del Juzgado, luego de la comunicación que deberá mantener con el sujeto que ha de notificarse, la cual constituirá un reaseguro que refuerce la notificación que previamente ha recibido el destinatario por el medio dispuesto por la Judicatura: WhatsApp, Instagram, Facebook, Twitter, Snapchat, LinkedIn.

El artículo 289 de Código Civil y Comercial¹⁹ define a los instrumentos públicos como aquellos redactados por un tercero imparcial que actúa dentro de su competencia y da fe pública. El funcionario es ajeno a los intereses que el acto persigue, y es quien deberá cumplir con los pasos previos que su función le impone, debiendo comprobar hechos,

instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos».

¹⁷ El artículo 185 del Reglamento sobre el régimen de Receptorías de expedientes, Archivos del Poder Judicial, y mandamientos y Notificaciones señala respecto del domicilio denunciado que, cuando se ordene notificar en un domicilio con carácter de «denunciado», el oficial notificador llevará a cabo la diligencia solo cuando sea informado que la persona por notificar vive en ese lugar. a) Si vive allí pero no se encontrare al requerido, entregará la cédula a otra persona de la casa, departamento, oficina, local comercial o industrial, encargado del edificio, administrador o personal administrativo de barrios cerrados. b) En el supuesto caso que el requerido y las personas mencionadas en el párrafo anterior se negaren a recibir la cédula, esta será fijada en la puerta de acceso a la casa, departamento u oficina. Artículo 186. Averiguaciones. Cuando los Oficiales Notificadores se vean imposibilitados de realizar la diligencia en cédulas en que se consigne domicilio «denunciado», por no encontrar al requerido o de practicarla con alguna persona de la casa, el Oficial interviniente deberá averiguar en el vecindario si el requerido vive en el lugar denunciado o manifiestan conocerlo. De todos esos hechos, se dejará constancia en el acta que se labre, como asimismo de los intentos realizados —los que deberán ser insistentes y en distintos horarios—, debiéndose practicar, como mínimo, en dos oportunidades, con indicación de días y horas, antes de procederse a su devolución. Por ningún motivo, podrá exceder el término señalado en el artículo 180 inciso a).

¹⁸ Para ampliar en el tema, ver: Exp. N.º 10533-2020, 02/04/20 S., S.G. C/ G., R.A. S/ Alimentos, Juzgado de Paz de General La Madrid; Exp. N.º 19532-2016, Z., I. S/ Rectificación de Partidas, Juzgado de Familia N.º 12 de Lomas de Zamora; M., V. S y otro C/ A., A. M. S/ Alimentos, 22/04/20, Juzgado Nacional en lo Civil N.º 76; G., M.F. C/ S., M. S/ Divorcio (Art. 215 C. C.), Juzgado de Familia N.º 2, La Plata, entre otros.

¹⁹ Artículo 289 del Código Civil y Comercial: «Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión».

recoger información de los otorgantes y redactar el documento respectivo. Luego deberá firmarlo con lo que asumirá la autoría de este (Lorenzetti, 2015).

Resta preguntarnos: ¿desde cuándo comienza a correr el plazo para la contraparte?, ¿cuál es el momento en que el documento electrónico ingresa efectivamente en la esfera de conocimiento del requerido?

Sabemos que las aplicaciones de mensajería instantánea nos proporcionan un mecanismo que permite —en la generalidad de los casos— confirmar la recepción del mensaje. Decimos «en la generalidad de los casos» porque mucho dependerá de la configuración que el titular del teléfono haya establecido con la aplicación. Cuando el mensaje es enviado al celular del requerido, podremos encontrarnos con tres posibilidades. Al menos, dos de ellas nos permiten confirmar que el documento electrónico está dentro de lo que denominamos la «esfera de la persona por notificar». ¿Cuáles son ellas? Cuando, en el sistema de recepción que la aplicación nos proporciona, observamos «dos tildes», podemos tener la seguridad de que el documento está dentro de la órbita del destinatario para su lectura.

Para brindarle mayor seguridad, como en la intervención del oficial de justicia, y reforzar así el acto de notificación como sus consecuencias jurídicas, el secretario del Juzgado deberá comunicarse con el requerido a fin de recabar aquellos datos —conforme lo establece el código de procedimiento, concordante con el art. 186 de la Ac. 3397 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires— y dotar a aquel de las formalidades pertinentes.

Con ello se labrará el acta al que hacíamos referencia, al igual que sucede cuando interviene el oficial notificador, que informa el resultado de la diligencia, es decir: si fue atendido por el destinatario, si dicho teléfono refiere ser de la persona por notificar y, en todo caso, si recibió el contenido del documento que le fue remitido. Todo ello deberá formar parte del acto de transmisión, propio de la bilateralidad, lo que deberá constar en el expediente electrónico. Si en el cuerpo de las actuaciones resulta indispensable la digitalización del resultado de la cédula, lo mismo sucede con esta notificación por mensajería instantánea. Con la confección del acta, firmada digitalmente²⁰, se deberá adunar en el sistema de gestión Augusta la captura de pantalla de lo que se le notificó al requerido.

Recién ahí, tenemos el día de la notificación. Al día siguiente, comienza a correr el plazo (art. 156 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires)²¹, el que dependerá indefectiblemente del resultado positivo o no de la diligencia. Entendemos que, si lo que aquí se intenta es asimilar un medio tradicional ya conocido, con uno nuevo

²⁰ Artículo 288 del Código Civil y Comercial: «La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento».

²¹ Artículo 156 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: «Comienzo. Los plazos empezarán a correr desde la notificación y si fuesen comunes, desde la última. No se contará el día en que se practique esa diligencia, ni los días inhábiles».

y desconocido, el modo de contar dichos plazos será el mismo que el que corre cuando la cédula papel queda en poder del destinatario. Con ello, el plazo comenzará a contarse a partir de día hábil siguiente al de la recepción. Salvo que el juez disponga que lo sea con habilitación de días y horas y con carácter urgente. En caso de duda, deberá estarse a una interpretación flexible y contextualizada, guiada por un criterio de razonabilidad, que evite encerronas o sorpresas procesales para los justiciables²².

Por último, lo que suponemos generará alguna discusión en la doctrina, será desentrañar la naturaleza jurídica propia de este tipo de notificaciones. Es decir, si el documento electrónico²³ constituye un documento privado —el que puede ser analógicamente asimilado con un documento electrónicamente firmado²⁴— o si ya cuenta con los requisitos propios de uno público firmado digitalmente²⁵. Interpretamos que, con la forma propuesta, se reviste al acto en sí de las garantías que este requiere a fin de no vulnerar los derechos de ambas partes, lo cual permite, en tiempos de pandemia, un acceso real de los justiciables a la jurisdicción.

En otras palabras, en este paralelismo, encontramos muchas similitudes con el sistema tradicional de notificación por cédula. Para poder entender hacia dónde vamos, resulta de suma importancia esta construcción respecto desde dónde venimos y cuáles son los requisitos formales que no pueden estar ausentes en resguardo de los principios previamente desarrollados.

Sabemos que una justicia lenta se traduce en el acto más injusto para el justiciable. Nuestra experiencia nos demuestra que, en esta revolución tecnológica propia de los tiempos que corren, el uso de las nuevas tecnologías nos permite proporcionar mayor celeridad a la actuación en sí, conforme el principio vertebral de una tutela judicial real y efectiva. Claro está, no podemos obviar que ello también dependerá de los recursos humanos y materiales con que la judicatura disponga.

²² Para ampliar en el tema, ver: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=174946>

²³ Artículo 6 Ley N° 25.506: «Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura».

²⁴ Artículo 5 Ley N° 25.506: «Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez».

²⁵ Artículo 2 Ley N° 25.506: «Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes». Artículo 11 Ley N° 25.506: «Original. Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación».

IV. ¿La mensajería instantánea llegó para quedarse?

La respuesta a este interrogante era el otro objetivo de nuestro trabajo. Creemos que la valoración positiva respecto del uso de la mensajería instantánea para utilizar como una alternativa durante el tiempo de pandemia no tiene por qué cambiar, cuando esta finalice. Analicemos algunas ventajas:

a) ¿Quién puede dudar que este tipo de mensajerías instantáneas las utilizamos a diario y cada vez con mayor intensidad? ¿Acaso no nos informamos online, de lo que está pasando en cualquier parte del mundo? ¿No pagamos nuestros impuestos y servicios por internet? ¿No contratamos nuestros viajes, de manera virtual? Es más, ¿no tenemos la posibilidad, vía google, de visitar la fachada de un hotel, casa, barrio que visitaremos en el próximo viaje?

Casi sin darnos cuenta nos vamos despidiendo del cartero. ¡Qué poco viene! ¡Qué poco lo esperamos! ¿No estará sucediendo lo mismo con la notificación por cédula?

De todos modos, nadie piensa en su sustitución. Es probable que existan segmentos sociales a los que no llegó esta tecnología. Para estos supuestos, siempre estarán vigentes las alternativas de notificación tradicionales.

b) En cuanto a la celeridad y efectiva recepción de la notificación, si uno descompusiera en pasos la notificación por cédula, aun cuando el diligenciamiento electrónico ha simplificado mucho el trámite, advertiríamos que pueden ahorrarse muchos plazos, en especial cuando debe realizarse una notificación al domicilio real. Pensemos en las dificultades con las que se encuentra el oficial de justicia cuando el destinatario se aloja en un edificio de departamentos. Es necesario recurrir a la alternativa de dejarla pegada en la entrada del edificio, cuando no resulta posible acceder al departamento del destinatario. Es más fácil encontrar a una persona en su teléfono celular que en su domicilio real.

c) La experiencia irá marcando la necesidad de reglamentar su uso efectivo. De ir realizando ajustes. De todos modos, nos parece que existe una similitud muy estrecha entre la notificación por cédula y una notificación por mensajería instantánea.

d) Si fuera necesario contar con una guía telefónica de titulares de telefonía móvil, tal cual ocurre con los registros que conserva la secretaría electoral para los domicilios reales, habrá que solicitarlo a las empresas proveedoras de tales servicios.

Es cierto que habrá que pensar en los límites que el uso generará. En particular, como integrantes de un Juzgado de Familia, en general con una siempre creciente carga de trabajo, nos preocupa que la responsabilidad de la notificación se trasladara, en nuestra propuesta, del oficial de justicia al secretario.

No obstante, esta mayor carga de trabajo puede tener una solución. En efecto, hemos visto a lo largo de las resoluciones de Presidencia o de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires la manera exponencial de suplirse el comparendo personal por la circulación informática de información y de trámites. Si este crecimiento informático se consolida y se incorpora definitivamente a las prácticas laborales, más allá de la cuarentena, es

probable que genere algún personal ocioso dentro del juzgado que, antes de la pandemia, tenía a su cargo la circulación de expedientes ológrafos. Ello permitirá la reconversión de algún cargo que asuma las tareas de *notificador por mensajería instantánea*. Debidamente capacitado en estas tecnologías, puede asumir dicha responsabilidad, tal como la tiene hoy día un oficial notificador.

Hoy existe una expresión que tiende a generalizarse: *reinventarse*. Tantas actividades, rubros laborales tendrán que transitar ese proceso. ¿El poder judicial quedará fuera de dicha transformación?

Entendemos que, como en tantos otros temas (firma digital, audiencias por plataformas electrónicas, vistas de expedientes de manera virtual, trasferencias de dinero de manera virtual, etc.), las notificaciones deberán sufrir dicha metamorfosis. Y esto último sin grandes refuerzos presupuestarios. Si retomamos la idea ya desarrollada, hagamos un inventario de actividades que hoy no se realizan: vistas o traslados de expedientes, correspondencia, que se realizan en su mayoría de manera informática. Pensemos también en la atención presencial de mesa de entradas; hoy suplida por consultas a una casilla de correo. Si se mantuviera esta dinámica de trabajo, tal vez no en su totalidad, pero sí en alto porcentaje, tendremos personal disponible para dedicarlo a otras tareas.

V. Conclusión con final abierto

La pandemia nos sugirió pensar, entre tantas herramientas informáticas, en la notificación por mensajería instantánea.

Luego de todo lo escrito, tal vez podríamos cambiar el título al trabajo y suprimir el *vs.* por la conjunción copulativa *y*, como quien incorpora a los mecanismos de notificación una posibilidad más.

Su novedad, su falta de regulación específica generan la lógica incertidumbre e inseguridad para su uso. Y es lógico que ello suceda a poco que advertimos que la notificación resulta un hito fundamental en el proceso judicial en el cual se encuentra involucrado el *derecho de defensa* en juicio. Pero este principio debe armonizarse con otros: *acceso a la justicia*, *resolución del litigio en tiempo razonablemente breve*, y la notificación es una parte de esa sucesión de actos procesales que constituyen el proceso judicial que, a su vez, resulta ser el ámbito donde es posible conseguir un poco de paz a conflictos que, en la medida que no se resuelven, se retroalimentan y expanden sus efectos nocivos no solo entre sus protagonistas sino en los hijos, familia extensa, amigos, etc.

Darle carta de ciudadanía a la mensajería instantánea es un desafío. Por ello, nos pareció necesario mirarlo desde los principios que se encuentran involucrados (nos remitimos a acápite II de este artículo).

El análisis que antecede pone en evidencia que las notificaciones por mensajería instantánea están en un banco de pruebas. Cerradas al límite los modos de notificación

habitual previstas en los arts. 134, 135, 143, 145 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, las miradas están puestas en estas nuevas posibilidades.

La cuarentena, seguramente, forzará su uso, y el tiempo facilitará su desarrollo. Esto permitirá descubrir su potencial. También sus límites.

Sin querer anticiparnos al futuro, que todavía no llega, sí podríamos admitir la posibilidad de ampliar los medios de notificación con la incorporación de la mensajería instantánea. A la espera de concretar esta posibilidad, la mejor actitud es la de apertura, *pues la mente es como un paracaídas, solo funciona si se abre* (Albert Einstein).

Bibliografía

Arazi, R. (2012). *Derecho Procesal Civil y Comercial*. T. I Santa Fe: Runinzal-Culzoni.

Arazi, R.; Bermejo, P.; De Lázzari, E.; Falcon, E.; Kaminker, M.; Oteiza, E.; Rojas, J. (2010). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires anotado y comentado*. Apéndice de normas complementarias, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Arazi R. y Rojas J. (2014). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*. Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Berizonce, R. (2014). Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Loveras N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia*. T IV; (p. 430). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

— (2015). El juez acompañante en el proceso de familia. *Revista de Derecho Procesal* Nro. 2015/2 (pp. 187-211). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución Reformada*. T. II; (pp. 289 y ss.). Buenos Aires: Ediar.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1 de junio de 2020). Capital Federal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Id SAIJ: NV24460; C. L., D. c/ S., V. J. s/ medidas precautorias. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/FA20020036>

— (30 de junio de 2020). Capital Federal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala A; Id SAIJ: FA2002004.

Código Civil y Comercial, Ley N.º 26994 (8 de octubre de 2014) *Boletín Oficial* n.º 32985, Buenos Aires.

Constitución Nacional Argentina. Ley N.º 24.430 (10 de enero de 1995). *Boletín Oficial* n.º 28057. Buenos Aires.

Convención Americana sobre derechos Humanos. Ley N.º 23.054 (27 de marzo de 1984). *Boletín Oficial* n.º 25394.

Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, Ley N.º 19.865 (11 de enero de 1973). *Boletín Oficial* n.º 22.583.

- DNU 297/20 Aislamiento, Social, Preventivo y obligatorio. (19 de marzo de 2020). *Boletín Oficial* DECNU-2020-297-APN-PTE - Disposiciones. Disponible en:
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>
- García Solá, M. y Barberio, S. (2011). Lineamientos del Principio de la Tutela Judicial Efectiva en Principios Procesales. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Loveras N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia*. T IV; (p. 432), Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Juzgado Civil, Comercial y de Familia de 1.º Nominación de la ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba (17 de abril de 2020). RCJ 1684/20 C., J. vs. L., A. F. s. Régimen comunicacional. Rubinzal Online.
- Juzgado de Paz, General La Madrid, Buenos Aires (2 de abril de 2020). 10533-2020 RCJ 1392/20; S.S.G. vs. G.R.A. s/ Alimentos; Rubinzal Online.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*; T II y IV. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Ley 25.506. Firma Digital. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70749/texact.htm>
- Mosset Iturraspe, J (1994). Los nuevos derechos ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces”. En Lloveras, N. (2015). *La perspectiva de Derechos Humanos en las Relaciones de Familia e Infancia. Tratados de Niños, niñas y adolescentes*, Tomo I (p. 46). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Palacio, L. (2000). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Provincia de Buenos Aires, Código Procesal Civil y Comercial (24 de octubre de 1968). Ley N.º 7425 y modif. Boletín Oficial n.º 16265.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acordada N.º 3971/20. Disponible en:
<http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=La%20Suprema%20Corte%20de%20Justicia%20extiende%20el%20r%E9gimen%20de%20Acuerdo%20Continuo%20y%20Firma%20Digital.&veradjuntos=no>
- . Acordada N.º 3975/20. Disponible en:
<http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Nuevo%20Reglamento%20para%20los%20escritos,%20resoluciones,%20actuaciones,%20diligencias%20y%20expedientes%20judiciales.&veradjuntos=no>
- . Acordada N.º 3845/ Anexo I. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19 \(Coronavirus\). Prórroga de la vigencia de la Resolución &veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).%20Pr%C3%B3rroga%20de%20la%20vigencia%20de%20la%20Resoluci%C3%B3n%20174946.&veradjuntos=no)
- . Causa C. 122.745. Disponible en:
<http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=174946> .

- . *Reglamento sobre el régimen de receptorías de expedientes, archivos del Poder Judicial, y mandamientos y notificaciones*. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/informacion/Acuerdo %203397-08.pdf](http://www.scba.gov.ar/informacion/Acuerdo%203397-08.pdf).
- . Resolución N.º 386/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp? expre =COVID-19 \(Coronavirus\). Prórroga de la vigencia de la Resolución&veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).Prorroga%20de%20la%20vigencia%20de%20la%20Resolucion&veradjuntos=no)
- . Resolución N.º 10/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional. asp?expre=coronavirus&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=3](http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional.asp?expre=coronavirus&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=3)
- . Resolución N.º 12/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional. asp?expre=coronavirus&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=3](http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional.asp?expre=coronavirus&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=3)
- . Resolución N.º 14/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19 \(Coronavirus\). Prórroga de la vigencia de la Resolución&veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).Prorroga%20de%20la%20vigencia%20de%20la%20Resolucion&veradjuntos=no)
- . Resolución N.º 15/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20\(Coronavirus\). Inicio%20de%20expedientes%20a%20trav%20E9s%20del%20Portal%20de%20Notificaciones%20y%20Presentaciones%20Electr%20nicas,%20en%20supuestos%20de%20urgente%20despacho%20o%20en%20](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).Inicio%20de%20expedientes%20a%20trav%20E9s%20del%20Portal%20de%20Notificaciones%20y%20Presentaciones%20Electr%20nicas,%20en%20supuestos%20de%20urgente%20despacho%20o%20en%20)
- . Resolución N.º 17/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional. asp?expre=&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=3](http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional.asp?expre=&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=3)
- . Resolución N.º 480/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20\(Coronavirus\).%20 Reanudaci%20n%20progresiva%20de%20plazos%20y%20servicios%20por%20medios&veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).%20Reanudaci%20n%20progresiva%20de%20plazos%20y%20servicios%20por%20medios&veradjuntos=no)
- . Resolución N.º 23/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional. asp?expre=&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=2](http://www.scba.gov.ar/institucional/foi/institucional.asp?expre=&date1=&date2=&id=1&cat=0&pg=2)
- . Resolución N.º 28/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre= Nuevo servicio de consulta remota a organismos judiciales&veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Nuevo%20servicio%20de%20consulta%20remota%20a%20organismos%20judiciales&veradjuntos=no)
- . Resolución de la Secretaría de Personal N.º 5/20. Disponible en:
[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19 \(Coronavirus\). Protocolo General de Actuación para la Prevención y Seguimiento.&veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19%20(Coronavirus).Protocolo%20General%20de%20Actuaci%20n%20para%20la%20Prevenci%20n%20y%20Seguimiento&veradjuntos=no)
- . Resolución N.º 593/20. Disponible en:

<http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Inicio por medios electrónicos de todas las causas en los fueros Civil y Comercial, Familia, Laboral, Contencioso Administrativo y Juzgados de Paz, a partir del 25 de junio.&veradjuntos=no>

—. Resolución N.º 558/20. Disponible en:

[http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19 \(Coronavirus\). Registro de escritos de inicio de expedientes urgentes ante las Receptorías de Expedientes.&veradjuntos=no](http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=COVID-19 (Coronavirus). Registro de escritos de inicio de expedientes urgentes ante las Receptorías de Expedientes.&veradjuntos=no)

EL PARADIGMA DE LAS NUEVAS SUSTANCIAS PSICOACTIVAS

Laura Alejandra Cocco

Doctora en Odontología. Directora de la Licenciatura en Criminalística de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Profesora titular de la Facultad de Odontología de la Universidad Nacional de La Plata.

Leonel Maximiliano Ortega

Doctor en Ciencias Exactas. Profesor titular de la asignatura Física Aplicada de la Licenciatura en Criminalística de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata.

Gastón Pezzuchi

Magíster en Explotación de Datos y Gestión del Conocimiento. Profesor titular de la asignatura Informática Aplicada de la Licenciatura en Criminalística de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata.

Luis Fernando Rainoldi

Bioquímico. Profesor titular de la asignatura Toxicología y Química Legal de la Licenciatura en Criminalística de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata.

María Emilia Rovira

Abogada. Profesora titular de la asignatura Derecho Penal de la Licenciatura en Criminalística de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata.

Antonella Giuliana Bianchi

Licenciada en Criminalística.

Las nuevas sustancias psicoactivas (NSP) son drogas de diseño que se han convertido en un fenómeno del siglo XXI, debido a su novedad, su estado legal ambiguo, la capacidad de evadir las pruebas toxicológicas, la rápida adaptación a las restricciones legales, el marketing global en Internet y el escaso conocimiento público de sus efectos adversos (Madras, 2016).

Son definidas como drogas individuales en forma pura o en preparaciones complejas que no han sido reguladas por la Convención Única sobre Estupefacientes (1961) ni por el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (1971), pero que pueden suponer una amenaza para la salud pública (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015a). Estos compuestos son sustancias no naturales sintetizadas en laboratorios de forma clandestina, de limitado o nulo potencial terapéutico, producidas a partir de variaciones en la estructura química de otras sustancias, como las anfetaminas (Álvarez González, 2016; Ferrari, 2016). Pueden clasificarse conforme a su estructura química, propiedades psicoactivas, objetivos biológicos y por su origen (vegetal, sintético o combinado) (Madras, 2016).

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2020) clasificó las NSP en los siguientes grupos:

- Aminoindanos: producen efectos empatógenos y entactógenos similares a los de la 3,4-metilendioximetanfetamina (MDMA), debido a la liberación y la recaptación de la serotonina. El prototipo de aminoindano, 2-aminoindano (2AI), es un análogo cíclico de la anfetamina (ver Figura 1). La estructura del esqueleto 2-AI puede modificarse para producir diversas sustancias químicas mediante la sustitución en el anillo aromático con una variedad de grupos funcionales, o la adición de un puente metilendioxi o N-alkilación; ello genera sustancias como el 5-yodo-2-aminoindano (5-IAI), 5,6-metilendioxi-2-aminoindano (MDAI) y el N-metil-2-aminoindano (NM-2AI).

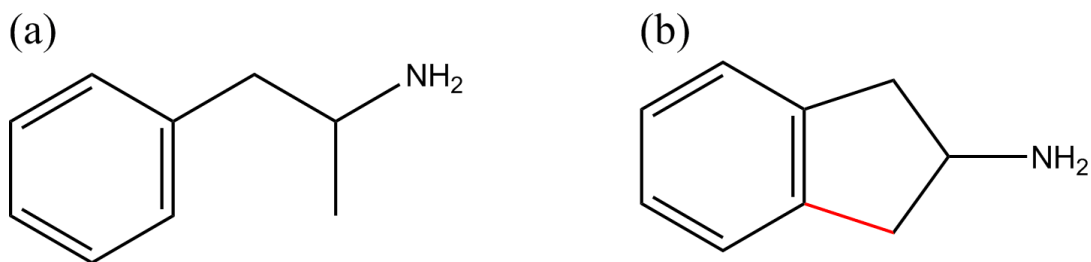


Figura 1. Estructuras químicas de la anfetamina (a) y la 2-aminoindano (2-AI) (b). La diferencia estructural entre la anfetamina (sustancia controlada internacionalmente) y la 2-AI se resalta en rojo (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2020).

- Arilciclohexilaminas: presentan similitud estructural con la fenciclidina (PCP) y la ketamina, actúan predominantemente como estimulantes del sistema nervioso central o como disociativos. Los estimulantes median las acciones de la dopamina, la noradrenalina o la serotonina imitando los efectos de las drogas tradicionales como la cocaína, la anfetamina, la metanfetamina y el éxtasis. Los disociativos forman una clase de alucinógenos que modulan los efectos en el receptor de N-metil-D-

aspartato (NMDA) en el cerebro y producen sentimientos de desprendimiento y disociación de uno mismo y del medio ambiente.

- Cannabinoides sintéticos: tienen características estructurales que permiten la unión a uno de los receptores cannabinoides y producen efectos similares a los del delta-9-tetrahidrocannabinol (THC), el único componente psicoactivo conocido en el cannabis. Son comercializados en forma de polvo con nombres como Herbal highs; Spice Gold; Spice Silver; Spice Diamond; K2; Bliss; JWH-018, -073, -250, y Mr. Smiley.
- Los cannabinoides sintéticos que han surgido recientemente muestran una gran diversidad estructural como la APINACA (AKB-48) y la AB-PINACA; posiblemente es una estrategia de los productores para evitar las respuestas legislativas implementadas.
- Catinonas sintéticas: son β -ceto-fenetilaminas y químicamente similares a las anfetaminas y metanfetaminas. Actúan predominantemente como estimulantes del sistema nervioso central y son comercializadas con nombres como: químicos de investigación; alimentos para plantas; sales de baño, o limpiadores de vidrios. En general, se presentan en forma de polvo, comprimidos o cristales (de allí su nombre: sales de baño).
- Piperazinas: se han descrito como «productos farmacéuticos fallidos», dado que la 1-bencilpiperazina (BZP) se desarrolló inicialmente como un posible fármaco antidepresivo, pero se descubrió que presentaba propiedades similares a las anfetaminas, por lo que era susceptible de abuso.
- La mayoría de las piperazinas actúan como estimulantes del sistema nervioso central; en casos raros (por ejemplo, MT-45), también pueden actuar como opioides. Estos pertenecen a un grupo químicamente diverso de depresores del sistema nervioso central con características estructurales que permiten la unión a receptores opioides específicos, lo que produce efectos similares a la morfina. Se comercializan con frecuencia como éxtasis; Jax; A2; Benny Bear; Flying Angel; Legal E o Legal X; Pep X, y Pep Love.
- Fenetilaminas: grupo de sustancias con efectos psicoactivos y estimulantes donde se incluyen las anfetaminas, metanfetaminas y MDMA (controladas por la Convención de 1971), y sustancias sustituidas en el anillo, como la serie 2C; anillo anfetaminas sustituidas, como la serie D (por ejemplo, DOI, DOC); benzodifuranos (por ejemplo, Bromo-Dragonfly, 2C-B-Fly); la p-metoximetanfetamina (PMMA), y la 2C-C-NBOMe.
- Estas sustancias actúan como estimulantes del sistema nervioso central o como alucinógenos; median actividades específicas de los receptores de serotonina y producen alucinaciones. Imitan los efectos de las drogas tradicionales, como la 4-bromo-2,5-dimetoxifeniletamina (2C-B), la dietilamida de ácido lisérgico (LSD) y la N, N-dimetiltriptamina (DMT), pero también pueden poseer actividad estimulante residual.

- Las fenetilaminas incluidas en la serie D son más duraderas, más potentes y, según los informes, más propensas a inducir vasoconstricción que otros miembros de la familia de las fenetilaminas.
- Triptaminas: algunas de ellas son neurotransmisores (por ejemplo, serotonina, melatonina y bufotenina), mientras que la mayoría son alucinógenos psicoactivos que se encuentran en plantas, hongos y animales (por ejemplo, la psilocibina N, N-dimetiltriptamina (DMT) y 5-metoxi-N, N-dimetiltriptamina (5-MeO-DMT) (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2020).

Durante los últimos años, se ha producido un crecimiento constante en la disponibilidad y el consumo de las NPS, siendo comercializadas en su mayoría a través de plataformas virtuales con nombres de fantasía que no refieren a su composición química, como «mezclas para fumar», «sales de baño», «alimentos vegetales», «repelentes de insectos», «productos químicos de investigación», «ambientadores», «limpiador de joyas», «no apto para consumo humano» o «solo con fines de investigación». Estas denominaciones son una de las estrategias utilizadas por los productores de las nuevas sustancias psicoactivas para eludir la legislación vigente.

Suelen ser combinadas con otros compuestos, ya sean otras variantes de esta clase de drogas como también con las tradicionales (anfetamina, MDMA, cocaína y heroína), productos farmacéuticos y otros adulterantes activos, agentes de corte o subproductos de reacción (Zawilska and Wojcieszak, 2018). Los consumidores desconocen cuáles son las sustancias que están consumiendo y, en consecuencia, los efectos nocivos que pueden generar en la salud (Boletín Oficial de la República Argentina, 2019).

El mayor inconveniente que presenta este tipo de sustancias es su gran variabilidad, es decir, los productores, con el objetivo de eludir la ley, les realizan pequeñas variaciones en sus estructuras moleculares y obtienen de esta manera una nueva sustancia que no se encuentra regulada por la ley vigente.

Este fenómeno puede observarse en las denominadas «olas» o «generaciones» de catinonas sintéticas (ver *Figura 2*), en las cuales fueron sintetizadas distintas sustancias con el objetivo de reemplazar a su precursora. Se puede citar como ejemplo a la mefedrona (4-metilmetcatinona), perteneciente a la «primera generación» de catinonas sintéticas, comercializada en el mercado de las drogas a partir del año 2007. Su surgimiento coincidió con la caída de la disponibilidad y la pureza, como así también con el incremento del precio de las anfetaminas, la cocaína y el éxtasis. Es por ello por lo que se afirma que las catinonas sintéticas son producidas con el objetivo de actuar de manera similar a las sustancias que ya se encuentran legalmente controladas (Álvarez González, 2016).

Inmediatamente después de que la mefedrona comenzara a ser regulada por la ley, los productores de este tipo de sustancias le realizaron pequeñas variaciones en su estructura molecular y sintetizaron un nuevo compuesto denominado 4-metiletcatinona (4-MEC), conformándose la «segunda generación» de catinonas sintéticas. Este compuesto fue comercializado como «reemplazo legal de la mefedrona», «mefedrona-nueva fórmula»

y «mefedrona modificada» (Smith *et al.*, 2016). Si bien presenta sustituyentes con más volumen que su precursora, comparte el mecanismo de acción, por lo que genera en el organismo efectos similares a ella, aunque en menor potencia.

En el año 2010, cuando el 4-MEC fue regulado por la legislación, los productores realizaron la estrategia anteriormente mencionada y obtuvieron como resultado la 3,4-dimetilmetcatinona (3,4 DMMC). Esta sustancia pertenece a la «tercera generación» de las catinonas sintéticas y, si bien a la fecha no se ha determinado con exactitud los efectos que genera en el organismo, debido a su similitud en cuanto a estructura molecular y mecanismo de acción con la mefedrona, su precursora, sería igual de potente que esta (ver Figura 3) (Zawilska, 2018; Corkery *et al.*, 2018; Luethi *et al.*, 2018).

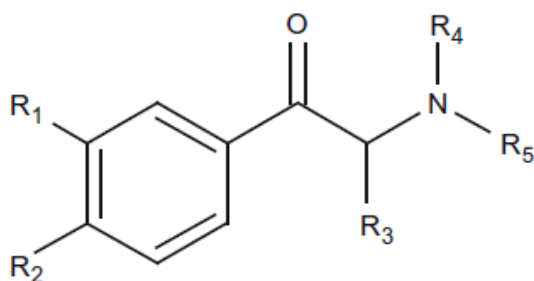


Figura 2. Estructura general de las catinonas sintéticas (Zuba and Adamowicz, 2018).

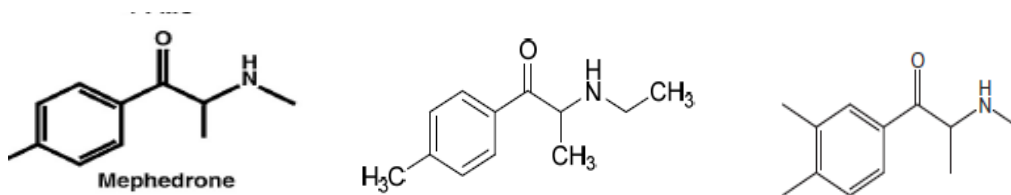


Figura 3. Estructuras químicas de la mefedrona, 4-MEC y el 3,4-DMMC respectivamente (Eshleman *et al.*, 2013; World Health Organization, 2014; Usui *et al.*, 2014).

El artículo 77 del Código Penal de la Nación Argentina establece que el término *estupefacientes* comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, 1989).

Con el fin de evitar la libre circulación de las NSP, en nuestro país se implementó, a través del Decreto N.º 772/15 conforme a lo establecido por la Ley de Estupefacientes 23.737, el sistema de fiscalización de grupos químicos para complementar el de sustancias individuales y así brindar una herramienta que dé respuesta a la dinámica del mercado ilícito de las NSP (Ministerio de Salud de la Nación Argentina, 2015). Específicamente dicho sistema fue aplicado con la incorporación del grupo químico de las NBOMe.

El sistema de fiscalización de sustancias individuales, como su nombre lo indica, consiste en enumerar uno a uno cada compuesto regulado por la ley. En tanto, por *grupo químico* se entiende a aquellas sustancias que presenten características químicas similares y tengan efectos farmacológicos parecidos. De esta forma, la fiscalización de grupos químicos contempla a aquellas sustancias que compartan una estructura química determinada y presenten las variaciones establecidas de acuerdo a criterios técnicos. Por lo tanto, la fiscalización de un determinado grupo químico permite contemplar un amplio número de sustancias que se encuentran en el mercado ilícito de las drogas (Donzelli, 2016).

El marco regulatorio vigente en materia de fiscalización de estupefacientes incluye el Decreto 560/19, que introdujo una lista de grupos químicos y las posibles variaciones (sustituyentes) que cada uno de ellos podría llegar a presentar en torno a una estructura química principal. De acuerdo a esta normativa, en caso de que la sustancia detectada en el laboratorio pericial no se encuentre en la lista individual, se deberá recurrir a la fiscalización genérica con el fin de determinar si ella encuadra dentro de la lista de grupos químicos (Boletín Oficial de la República Argentina, 2019).

Ambos sistemas presentan desventajas: respecto al de fiscalización de sustancias individuales, su inclusión es un proceso largo que no responde adecuadamente al dinamismo del mercado de las NSP, el cual está basado en pruebas en las que se evalúan y examinan los efectos que puede causar un compuesto para determinar si se debería someter a fiscalización y en qué medida. No obstante, la escasez de datos científicos y de experiencia humana necesarios para evaluar los efectos producidos por el consumo de estas nuevas sustancias ha generado que este proceso revista de gran complejidad. La información sobre las intoxicaciones mortales y las observaciones clínicas de los pacientes intoxicados suelen estar enmascarada por el policonsumo de drogas y porque los consumidores, por lo general, no pueden identificar el contenido exacto de las sustancias que han consumido.

En cuanto al sistema de fiscalización de grupos químicos, la desventaja que presenta es que podría incluir en la lista a sustancias con escaso potencial adictivo o sin efectos fisiológicos, dado que la similitud química no equivale necesariamente a la similitud farmacológica. Teniendo en cuenta que pueden existir diversas variaciones en la estructura molecular básica de una sustancia fiscalizada, es preciso tomar en consideración todas las variaciones posibles al definir el grupo de fiscalización genérica. En lo que respecta a las moléculas pequeñas, este planteamiento parece factible, dado que el número de variaciones posibles es limitado, pero en las sustancias con una estructura molecular mucho mayor, resulta bastante problemático, dado el gran número de variaciones que pueden surgir (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015b). Es decir que, si bien esta estrategia es abarcativa, a futuro no será suficiente porque el núcleo molecular también podría sufrir una modificación; dicho de otro modo, en un tiempo, es posible encontrar moléculas totalmente diferentes a las actuales pero con efectos similares a estas.

De lo expuesto surge el objetivo del presente proyecto que es evaluar si determinadas especies químicas derivadas del núcleo común de las catinonas sintéticas se encuentran o no incluidas en la normativa vigente. Asimismo, pretendemos evaluar si la ausencia en la regulación normativa es común a las demás familias de las nuevas sustancias psicoactivas, como las fenetilaminas, anfetaminas, cannabinoides sintéticos y demás sustancias que no hayan sido aún reportadas.

Estos objetivos serán llevados a cabo mediante la representación de los núcleos enumerados en la normativa vigente con la utilización de modelos moleculares 3D y una herramienta de *software* denominada CHEMSKETCH.

A estos modelos se les realizarán diferentes modificaciones de tipo geométricas, estéreo-isomería, isomería de grupo o variaciones complejas que podrían incluir fusiones moleculares, formación de aductos, reacciones óxido-reducción, entre otras; con el objetivo de verificar si estos, al sufrir dichas modificaciones, siguen siendo considerados estupefacientes conforme a lo establecido por la Ley 23.737.

La continua emergencia de las NSP plantea un enorme desafío para las políticas de fiscalización de estupefacientes, ya que las variaciones en las estructuras químicas son muy pequeñas, muchas veces se encuentran combinadas con otras sustancias, por lo que requieren de métodos de detección sumamente específicos y sensibles; además, suelen aparecer en el mercado de las drogas de forma esporádica y, al ser sintetizadas en diferentes laboratorios clandestinos, la composición de los productos varía en cada uno de ellos.

En su Informe Mundial sobre las Drogas del año 2009, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito admitió que el control excesivamente estricto de las drogas provocaba una serie de «consecuencias imprevistas» y no buscadas asociadas con la criminalización, como es la sustitución por nuevos compuestos no verificados, el desplazamiento de sustancias prohibidas al mercado ilícito de la calle con posible implicación de círculos de delincuencia organizada, la pérdida de análogos con posibles fines terapéuticos, el aumento del costo de la sustancia y el descenso de la pureza de esta con posible incremento del daño relacionado con la salud; además del contacto necesario con traficantes de otras sustancias, entre muchas otras consecuencias negativas.

Por este motivo, el organismo citado ha recomendado que el diseño de una política legislativa en materia de control de tráfico ilícito de estupefacientes debería tener como objetivo proteger el bienestar y la salud de las personas, por lo que los encargados de dicha aplicación deberían ir más allá de los arrestos y los encarcelamientos, y explorar formas innovadoras para irrumpir el mercado.

Por lo expuesto, el objetivo del presente proyecto es elaborar un criterio mixto que incorpore la caracterización físico-química de las sustancias y sus efectos potenciales, que resulte eficiente para regular los nuevos compuestos que surjan en el mercado de las drogas. Es decir, se propondrá un algoritmo de inclusión y exclusión de sustancias.

Bibliografía

- Álvarez González, E. (2016). Determinación de drogas de abuso empleadas en sumisión química mediante Cromatografía Líquida Capilar [Trabajo de fin de Máster]. Universidad de Granada, España.
- Boletín Oficial de la República Argentina (2019). Decreto 560/2019. Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/213527/20190815> (último acceso: 30 de mayo de 2020).
- Corkery, J. M., Guirguis, A., Papanti, D. G., Orsolini, L. y Schifano, F. (2018). Synthetic Cathinones—Prevalence and Motivations for Use. En: Zawilska, J. (eds.). *Synthetic cathinones (Current topics in Neurotoxicity, 12)* (pp. 153-189). Cham, Suiza: Springer Nature. DOI: 10.1007/978-3-319-78707-7_9.
- Donzelli, M. L. (2016). Estupefacientes: Crisis del sistema de listas y posibles soluciones. La ley 2016-D, 1306. Cita en línea: AR/DOC/1943/2016.
- Eshleman, A. J., Wolfrum, K. M., Hatfield, M. G., Johnson, R. A., Murphy, K. V. y Janowsky, A. (2013). Substituted methcathinones differ in transporter and receptor interactions. *Biochemical pharmacology*, 85, 1803-1815. DOI: 10.1016/j.bcp.2013.04.004.
- Ferrari, L. A (2016). Nuevas drogas de diseño psicoactivas (NSP). Estado actual del conocimiento. *Ciencia e investigación*, 66 (2), 33-57.
- Luethi, D., Kolaczynska, K. E., Docci, L., Krahenbuhl, S., Hoener, M. C. y Liechti, M. E. (2018). Pharmacological profile of mephedrone analogs and related new psychoactive substances. *Neuropharmacology*, 134 (parte A), 4-12. DOI: 10.1016/j.neuropharm.2017.07.026.
- Madras, B. K. (2016). The Growing Problem of New Psychoactive Substances (NPS). En Baumann, M., Glennon, R. y Wiley, J. (eds.). *Neuropharmacology of New Psychoactive Substances (NPS). Current Topics in Behavioral Neurosciences*. Vol. 32. Cham, Suiza: Springer.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina (1984). Código Penal de la Nación Argentina. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> (último acceso: 29 de mayo de 2020).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina (1989). Ley 23 737. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm> (último acceso: 28 de mayo del 2020).
- Ministerio de Salud de la Nación Argentina (2015). Decreto 772/2015. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/decreto_772-15.pdf (último acceso: 28 de mayo de 2020).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2009). Informe Mundial sobre las Drogas (Viena: ONUDD). Disponible en: http://www.unodc.org/documents/wdr/WDR_2009/World_Drug_Report_2009_spanish.pdf (último acceso: 28 de mayo del 2020).

- (2015a). Métodos recomendados para la identificación y el análisis de las catinonas sintéticas en los materiales incautados. ST/NAR/49.
 - (2015b). Respuestas jurídicas a las NSP: múltiples enfoques aplicables a un problema complejo. Global Smart Update, 14.
 - (2020). Early Warning Advisory of New Psychoactive Substances. Disponible en: <https://www.unodc.org/LSS/SubstanceGroup/Details/6bf165ed-82e7-47e0-9eaa-daacc42d99cd> (último acceso: 30 de mayo de 2020).
- Smith, P. R., Cole, R., Hamilton, S., West, K., Morley, S. R. y Maskell, P. D. (2016). Reporting two fatalities associated with the use of 4-methylethcathinone (4-MEC) and a review of the literature. *Journal of Analytical Toxicology*, 40, 553-560. DOI: 10.1093/jat/bkw061.
- Usui, K., Aramaki, T., Hashiyada, M., Hayashizaki, Y. y Funayama, M. (2014). Quantitative analysis of 3,4-dimethylmethcathinone in blood and urine by liquid chromatography-tandem mass spectrometry in a fatal case. *Legal Medicine*, 16 (4), 222-226. DOI: 10.1016/j.legalmed.2014.03.008.
- World Health Organization (2014). 4-methylethcathinone (4-MEC), critical review report. Expert committee on Drug Dependence. 36th ECDD Agenda ítem 4.15.
- Zawilska, J. B. (2018). Concluding remarks: where we are and where do we go from here? En Zawilska J. (eds.). *Synthetic cathinones (Current topics in Neurotoxicity, 12)* (pp. 203-204). Cham, Suiza: Springer Nature. DOI: 10.1007/978-3-319-78707-7_11.
- Zawilska, J. B. and Wojcieszak, J. (2018). Novel Psychoactive Substances: Classification and General Information. En Zawilska J. (eds.). *Synthetic cathinones (Current topics in Neurotoxicity, 12)* (pp. 11-24). Cham, Suiza: Springer Nature. DOI: 10.1007/978-3-319-78707-7_2.
- Zuba, D. y Adamowicz, P. (2018). Analytical methods used for identification and determination of synthetic cathinones and their metabolites. En Zawilska J. (eds.). *Synthetic cathinones (Current topics in Neurotoxicity, 12)* (pp. 41-69). Cham, Suiza: Springer Nature. DOI: 10.1007/978-3-319-78707-7_4

