



Descargue **TR La Ley** en su celular y acceda a información jurídica **sin cargo**.

**\_COLUMNA DE OPINIÓN**

## El conflicto entre el fallo “Muiña” y la nueva ley interpretativa del Congreso

Leopoldo H. Schiffrin

La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Muiña”, o sea el ya famoso asunto de la aplicación del art. 7 de la ley 24.390 (“dos por uno”) ordena, en su parte dispositiva, que el Tribunal de origen dicte, por quien corresponda, un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto por la Corte.

Ahora bien, previsiblemente, cuando ese Tribunal de origen —que es la Cámara Federal de Casación Penal— deba dictar su nuevo pronunciamiento se encontrará en un conflicto entre lo que la Corte dispone y lo que, en sentido totalmente contrario, le mandará la ley interpretativa que el Congreso acaba de sancionar bajo el número 27.362 y que es igual a su propia sentencia revocada.

Desde luego, se dirá que la sentencia de la Corte ha causado cosa juzgada y no queda otro camino que aplicarla. Pero ello no es así, si atendemos a una norma olvidada, como es el art. 16 de la ley 48, que regla la competencia de la Corte Suprema, que, en lo que aquí interesa, dispone que cuando: “... la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo... especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”.

Esta norma, originada en la Ley Judicial norteamericana de 1789, que inspira a toda la ley 48, puede tener un destino más promisorio que el nulo papel que ha desempeñado hasta ahora, pues nos está indicando que cuando la Corte Suprema reenvía el caso, no necesariamente el Tribunal de origen está atado a lo que la Corte resuelva, sino que hay una posibilidad

CONTINÚA EN PÁGINA 4

## La crisis de la Justicia Nacional del Trabajo

Julio Armando Grisolia

**SUMARIO:** I. Introducción. La crisis de los ochenta.— II. 2011-2017: aumento de litigiosidad y complejidad de reclamos.— III. Posibles soluciones.— IV. Conclusiones.— V. Reflexiones finales.

➔ Para brindar soluciones a los conflictos laborales y propender a una justicia eficiente en tiempo y forma es sumamente importante contar con un marco normativo adecuado: Derecho sustancial protectorio, Derecho adjetivo dinámico y etapa prejudicial de resolución de conflictos. Y también con funcionarios idóneos; pero ello no es suficiente. Para lograr esos objetivos es preciso internalizar esos objetivos en los operadores laborales, para que con su actitud y conducta sistemática y permanente defiendan esa bandera.

### I. Introducción. La crisis de los ochenta

En la segunda mitad de la década de los ochenta se vivió la peor crisis de la Justicia Nacional del Trabajo. Luego, en la segunda mitad de la década de los noventa y comienzos de la siguiente, el cambio de política laboral con normas flexibilizadas, sumado a la creación del Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SECCLO), hizo que se redujera drásticamente la litigiosidad.

En los noventa, a fin de dotar a la Justicia del Trabajo de la Capital Federal del elemento técnico necesario a los requerimientos de la época, fue preciso introducir algunas reformas a la ley de procedimientos, lo que sucedió con la ley 24.635 que comenzó a regir el 1/9/1997. Estas modificaciones fueron útiles a los efectos de paliar aquella crisis de fines de los ochenta.

Hace más de 20 años, cuando regía la ley 18.345 en su redacción original, había sostenido la necesidad de distintos cambios en la legislación procesal en ese trabajo de 1992 (1) y en su antecesor de 1989 (2); la mayoría de ellos —afortunadamente— se materializaron en 1997 con la ley 24.635, que dotó al ordenamiento procesal de un adecuado marco procesal.

Actualmente —y ya cuando pasaron 20 años de aquella reforma— sería importante introducir algunas modificaciones a la ley orgánica para lograr sus objetivos, de mayor celeridad en la tramitación de las causas.

Hace 24 años escribí un artículo denominado *Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo* (3), y en él hacía referencia a la crisis que se vivía y las posibles soluciones. En 2013 abordé el tema en el *V Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo* (4).

Llama la atención que la mayoría de los comentarios que plasmé en aquel trabajo sobre la gestión judicial conservan hoy vigencia y resultan válidos para afrontar esta nueva “crisis” que se presenta en la Justicia Nacional del Trabajo.

### II. 2011/2017: aumento de litigiosidad y complejidad de reclamos

En los últimos años se incrementó considerablemente el ingreso de causas en virtud de la mayor cantidad de empleo —7 millones de trabajadores registrados y alrededor de 4 millones de trabajadores no registrados—.

Hoy se observa un panorama de mayor litigiosidad por juzgado al que se produjera a fines de la década de los ochenta, ello teniendo especialmente en cuenta el incremento de causas que mes a mes ingresan. En 2013 ingresaban en promedio algo más de 70 causas mensualmente por juzgado. Pero durante 2015 y 2016 se superaron los 100 causas por mes, número al que no se llegaba desde fines de la década de los ochenta.

También se modificaron las características de los reclamos laborales, existiendo un segmento de suma complejidad, con varios code mandados y planteos diversos, que lleva a la producción de abundante prueba. Además aumentaron los reclamos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales peticionando por la vía sistémica a las ART, y a éstas y a los empleadores por la acción civil, lo que lleva al tratamiento de distintas cuestiones y a declaraciones de inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley 24.557, ello sin perjuicio de la sanción de la ley 26.773.

En el particular caso de los accidentes existe la necesidad de una mayor producción de prueba —se requiere a veces dos peritos médicos de diferente especialidad, que se suman al contador y en algún caso a un ingeniero— y una demora adicional en la producción de la prueba médica por la dificultad de la realización de los estudios complementarios en los hospitales, que lleva a la dilación de los procesos.

A diferencia de la década de los ochenta, actualmente la Justicia Nacional del Trabajo cuenta con 80 juzgados —antes eran 45— (y 10 Salas de Cámara) y un equipamiento informático renovado.

Conforme a las estadísticas, desde 1998 a 2007 ingresaban menos de 3000 causas por mes, es decir, un número menor a 40 expedientes por mes por juzgado. Pero, como quedara dicho, esto cambió sustancialmente: mientras en 2008 ingresaban por mes 3200 causas, es decir, 40 expedientes por juzgado, en 2010 ingresaban 4800 causas por mes, es decir, 60 expedientes por juzgado. En 2013 se superó esa cifra con alrededor de 6000 causas por mes y 75 expedientes por juzgado.

Puntualmente este incremento del ingreso de causas que se observó en 2013 duplicó el ingreso del año 2008. Es decir que en 5 años el aumento fue del 100%, lo que llevó a mayores atrasos en la tramitación y resolución de los expedientes.

Sin embargo, esta situación lejos de mejorar empeoró y entre 2014 y 2015 el número de ingreso promedio los 100 expedientes por juzgado y en 2016 superó los 120. Cada juzgado en promedio resuelve 51 causas, entre sentencias y modos anormales de finalización del proceso (conciliación, desistimiento, acumulación, etc.). Obviamente, como el ingreso mensual de los últimos años supera ampliamente los expedientes resueltos, los juzgados mes a mes acumulan más causas; así, en los últimos años se han triplicado los expedientes en trámite: en 2016 un juzgado en promedio de la ciudad de

CONTINÚA EN PÁGINA 2

**COLUMNA DE OPINIÓN.** El conflicto entre el fallo “Muiña” y la nueva ley interpretativa del Congreso

Leopoldo H. Schiffrin

### DOCTRINA

La crisis de la Justicia Nacional del Trabajo

Julio Armando Grisolia..... 1

**NOTA A FALLO.** La integridad territorial y la *cuestión Malvinas* en un caso de defensa del consumidor

Leopoldo M. A. Godio ..... 4

### JURISPRUDENCIA

TELECOMUNICACIONES. Llamadas a las Islas Malvinas. Facturación como comunicaciones internacionales. Improcedencia (CCiv. y Com., San Pedro de Jujuy)..... 5

VIOLENCIA DE GÉNERO. Venta de vehículo sin consentimiento de la ex cónyuge. Estafa y falsificación de documento público. Inaplicabilidad de la excusa absolutoria del art. 185 del Cód. Penal. Violencia económica contra la mujer (CFCasación Penal) ..... 9



CORREO ARGENTINO CENTRAL B  
FRANQUEO A PAGAR CUENTA N° 108661

# La crisis de la Justicia Nacional del Trabajo

● VIENE DE TAPA

Buenos Aires superaba los 3000 expedientes en trámite, a los que deben sumarse cerca de 1500 en ejecución.

Lo expuesto lleva a analizar por qué sucede esto particularmente en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo. Y, como decía hace 24 años, debemos buscar soluciones al deterioro que se está produciendo en la administración de la Justicia del Trabajo que lleva a incumplimientos de plazos, formas y a demoras en la tramitación, como sucedió en la década de los ochenta.

## III. Posibles soluciones

De lo expuesto surge que nos estamos enfrentando a una crisis similar a la de aquella época. Actualmente el ingreso de expedientes al fuero de Capital Federal es el más elevado de los últimos 25 años, ya que supera los 9000 expedientes por mes, lo que equivale a más de 120 expedientes en el mes por juzgado.

Por lo tanto, los problemas a resolver son dos. El primero es determinar si resulta posible reducir la litigiosidad en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. El segundo es buscar las herramientas necesarias para incrementar el número de expedientes que se resuelven mensualmente.

Es decir, que las soluciones necesarias se direccionan a dos puntos: por un lado, que se produzca un ingreso menor de expedientes; y por el otro, que cada juzgado resuelva una cantidad mayor de causas.

Para conseguir resultados óptimos, sería oportuno que esto sucediera en forma conjunta para poder así visualizar en un tiempo cercano los resultados. Justamente, es preciso producir un cambio importante cuyos frutos sean inmediatos, atento a que la situación no admite más dilación.

### III. a. Reducción del ingreso de causas

En los últimos años se ha producido un notorio incremento de causas en la Justicia Nacional del Trabajo en relación con la Justicia de la Provincia de Buenos Aires (particularmente del Conurbano bonaerense), ello a pesar del SECLO, en el que se concilia una tercera parte aproximadamente de los reclamos.

Analizados los motivos que podrían llevar a ese incremento de litigiosidad, una respuesta posible era la tasa de interés que se venía aplicando en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires (activa del Banco Nación) y la que se aplicaba en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires (pasiva del Banco Provincia), lo que provocaba a los trabajadores un deterioro en el capital de alrededor del 15% anual. Como una causa laboral tiene una duración mayor a los 4 años, la reducción del capital del trabajador superaba en la práctica al 50%. Este simple planteo hacía que el abogado laboralista ante la posibilidad de optar iniciara el pleito en el ámbito de Capital Federal.

Sin embargo, esto se ha modificado parcialmente desde 2015, ya que la Provincia de Buenos Aires viene aplicando la tasa pasiva BIP del Banco de la Provincia de Buenos Aires (24%), que si bien es menor a la aplicada en Capital Federal (36% anual) prácticamente dupli-

ca a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires (12% anual). Sobre el tema ya me he expedido en distintos trabajos.

### III.a.1. Competencia territorial

La reducción de ingreso de causas se puede lograr modificando la competencia territorial de la Justicia Nacional del Trabajo y reordenando competencias de la Provincia de Buenos Aires, para lo cual es preciso analizar el mapa judicial y observar la necesidad de creación de nuevos tribunales en determinadas jurisdicciones.

Oportunamente<sup>(5)</sup> sostuve que para reducir el ingreso de expedientes, había que modificar la competencia territorial. Afirmaba lo siguiente:

“Es necesario rever el tema de la competencia territorial. Sabido es que el 1º párrafo del art. 24 de la ley orgánica establece que *en las causas entre trabajador y empleador será competente, a elección del demandante, el juzgado del lugar de trabajo, el del lugar de celebración del contrato o el del domicilio del demandado*”.

“El tema no es novedoso, ya que ha sido objeto de argumentaciones en ambos sentidos (competencia del juez del lugar o la opción referida) al momento de dictarse la ley 18.345, lo que motivara inclusive un dictamen en mayoría y otro en minoría de la Comisión *ad honorem*, adoptándose la opinión de esta última”.

“Es importante tener en cuenta, a los fines de adoptar una decisión, el principio de territorialidad de la ley procesal que rige en la jurisdicción del Estado que la dictó; esto provoca que la opción existente permita una prórroga de la competencia —si bien sobre bases prefijadas— que colisiona con lo normado en el propio art. 19 de la ley orgánica o por lo menos constituye una excepción a esa norma. Esto motiva la recepción de una gran cantidad de causas por conflictos laborales producidos en extraña jurisdicción que se radican por imperio de la opción del art. 24 de la ley orgánica en los tribunales de la Capital Federal”.

“Obviamente —y sin perjuicio del disvalioso resultado producido en cuanto a la exagerada absorción de causas— no existen argumentos jurídicos válidos que justifiquen el sobredimensionamiento de la competencia territorial de la justicia nacional del trabajo”.

“El motivo más sólido para avalar la continuidad del actual sistema radica en el incremento de causas que produciría en los tribunales provinciales reducir la competencia de la justicia nacional al juez del lugar del trabajo, lo que llevaría inexorablemente a que las autoridades provinciales adopten las medidas legislativas necesarias a fin de adecuar su organización judicial a las necesidades de sus habitantes (conf. art. 5º y 6º, Constitución Nacional), para así permitir que sus tribunales puedan efectuar una correcta administración de justicia”.

“De todos modos, no puede dejarse de reconocer que la modificación pretendida resulta de aplicación práctica complicada, atento a requerir de tiempo para disponer una infraestructura distinta y posibilitar las reformas necesarias para adaptar a la justicia provincial a las nuevas circunstancias”.

En 2017 se sigue observando que una porción importante de demandas iniciadas corresponden a trabajadores que prestan servicios en la Provincia de Buenos Aires —y además se domicilian en dicho territorio—, lo que lleva a una verdadera distorsión de la litigiosidad genuina y va en desmedro de aquellos que no pueden ejercer la opción contemplada en la ley.

En orden a lo expuesto, resultaría oportuno eliminar las distintas opciones y fijar para la competencia el lugar de trabajo, que es el del cumplimiento del contrato.

Esto —tal cual sostiene Jorge Bermúdez— evitaría que una controversia originada en territorio provincial —ámbito natural— sea desplazada a la Capital Federal por la sola circunstancia de que el lugar de celebración del contrato haya sido establecido allí o tenga el demandado el domicilio en ella, y además sería de esencial importancia para la reducción de la litigiosidad y redundaría en un mejor funcionamiento de la justicia nacional del trabajo.

### III.a.2. Apelabilidad

Hace 24 años<sup>(6)</sup> sostuve que para evitar que la mayoría de las causas tramiten en las dos instancias, se debía elevar el monto de apelabilidad. Afirmaba lo siguiente:

“Es preciso limitar el acceso de causas a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo a aquellas que tengan una determinada importancia económica, ya que —en atención a la cantidad de juzgados existentes en la actualidad— se ha incrementado notoriamente en los últimos tres años el número de expedientes que acceden a esa instancia”.

“En tal sentido, debe recordarse que la doble instancia no es requisito constitucional de la defensa en juicio, tal cual lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos fallos (ver entre otros 301:1066 y 302:1415) y que la propia ley orgánica [confr. art. 105 inc. ch)] contempla la revisión de las sentencias definitivas cuando contradicen una sentencia anterior de la Cámara o de otro Juzgado de Primera Instancia”.

“Evidentemente, hoy el art. 106 de la ley orgánica luce inoperante para cumplir la finalidad para el cual fue creado, ya que actualmente prácticamente todas las sentencias y resoluciones son apelables, aun aquellas de insignificante transcendencia económica, lo que provoca un exceso de tareas innecesario a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que colisiona con el estudio de las causas que realmente deben resolverse”.

“Por ende, sería conveniente adoptar, por ejemplo, como tope seis ‘salarios convencionales promedio’. Este salario —cuya cuantificación estaría a cargo del Ministerio de Trabajo— surgirá del promedio de salarios de todas las actividades regidas por convenciones colectivas y, por ende, aseguraría que efectivamente accedan a segunda instancia las causas que tengan significación económica, con el inmediato beneficio de los litigantes”.

Actualmente se toma como módulo de referencia el bono del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. El valor de dicho bono asciende a \$90. Por lo tanto, como el límite de apelabilidad es de 300 bonos (cfr. art. 106, ley 18.345), equivale a la exigua suma de \$27.000.

Por ende, una propuesta viable sería elevar a 1000 bonos el límite, lo que llevaría el monto de apelabilidad a comienzos de 2017 a \$90.000, o adoptar, por ejemplo, como tope 6 “salarios convencionales promedio” (que surge del promedio de salarios de todas las actividades regidas por convenciones colectivas de trabajo) o bien tomar como referencia el salario promedio de los trabajadores registrados, que informa el Ministerio de Trabajo.

Sea cual fuera el sistema que se elija, la idea es elevar el monto de apelabilidad para evitar

que accedan a segunda instancia prácticamente todas las causas, lo que provoca un recargo de tareas para la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y un dispendio jurisdiccional innecesario.

Con un límite más elevado efectivamente llegarían a segunda instancia sólo las causas que tengan cierta significación económica, reduciéndose el ingreso y provocando que puedan resolverse en tiempo y forma, con el inmediato beneficio de los litigantes.

### III.b. Aumento de la resolución de causas

Es importante tener en cuenta que<sup>(7)</sup>:

“Independientemente del ingreso de expedientes, el tema central —la raíz del problema— es sin duda la resolución de las causas: el ingreso mensual por juzgado es mayor al número promedio mensual que es resuelto por ellos”.

“El interrogante que se plantea aquí es si puede incrementarse el número de expedientes que se resuelven mensualmente sin merma de la calidad y preservando la seguridad jurídica, y la respuesta es afirmativa; de hecho varios juzgados superan el número de expedientes resueltos por mes, claro que otros se encuentran aún por debajo del mismo”.

“El cómo es lo importante: los expedientes ordinarios se resuelven básicamente con el dictado de una sentencia o a través de una conciliación (más una exigua cantidad de desistimientos, acumulaciones, etc.). A fin de promover esta última es necesario una participación más activa del juez (y secretario) en las audiencias a fin de acercar a las partes, lo cual —obviamente— requiere la lectura previa del expediente y dedicación de un tiempo diario”.

“Sin dudas, la conciliación resulta un medio eficaz para poner fin al conflicto, esto claro, cuando es ejercida razonablemente —con prudencia— y velando para que efectivamente se haya logrado la justa composición de derechos e intereses (confr. art. 15, Ley de Contrato de Trabajo)”.

“La otra solución es efectuar revisiones exhaustivas de la prueba e incrementar el número de sentencias que se dictan, máxime cuando no se efectúa adecuadamente la primera de las funciones indicadas, lo que provocaría en forma inmediata un mejor funcionamiento global de los juzgados”.

“Esto no constituye una afirmación apodíctica sin sustento fáctico, sino que encuentra apoyatura en una distinta concepción de la llamada ‘crisis’, se sustenta en una actitud férrea y permanente de trabajo serio y responsable dirigida día a día a solucionarla y tiene como objetivo hacer realidad la justicia del trabajo a la que hace referencia la exposición de motivos de la ley 18.345”.

En 2016 el ingreso mensual por juzgado (120 expedientes) duplicó en promedio mensual las causas que se resuelven (poco más de 50 expedientes por mes), por lo cual las soluciones propuestas hace 24 años —adaptadas a las circunstancias actuales— resultan adecuadas.

Un tema alarmante es verificar que la salida de la crisis de los ochenta, esto es, que la Justicia del Trabajo funcionara con posterioridad a esa crisis durante 20 años adecuadamente, cumpliendo en tiempo y forma, motivó que se crearan 35 nuevos juzgados, se informatizó el fuero, se modificó el procedimiento, se creó el SECLO, y descendió drásticamente el ingreso de expedientes por juzgado, esencialmente motivado por la política laboral flexibilizadora.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT 1993-B, 1385.

(2) GRISOLIA, Julio A., “Hacia una nueva Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1989-A, 39/46.

(3) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1993-B, 1385.

(4) Realizado en Puerto Iguazú (Misiones) los días 12, 13 y 14 de setiembre de 2013, organizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), la Maestría en De-

recho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) y la Asociación de Relaciones del Trabajo de la República Argentina (ARTRA).

(5) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimiza-

ción de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT 1993-B, 1385.

(6) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1993-B, 1385.

(7) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1993-B, 1385.

Lo que quiero expresar es que la solución estuvo en la reducción del ingreso, pero no en la mayor capacidad de resolución de causas. Es decir, que los juzgados en promedio no resolvieron más causas por mes, sino que ingresaron menos expedientes.

### III.c. El factor humano: actitud

Una conclusión que no puede soslayarse es que otro aspecto de la “crisis” es el *factor humano*. A la importancia del hombre como factor esencial del cambio me referí en un trabajo escrito en 1988 (8).

Sostuve que era preciso revisar la competencia y adecuar la Ley de Procedimientos, lo que —sumado a la creación de juzgados y a la informatización del Fuero— otorgaría una plataforma renovada para la solución de la crisis; pero también en aquel momento la reforma estructural mencionada no terminaba de solucionar el entuerto “si no es acompañada de un cambio de actitud en los operadores del Derecho del Trabajo. Es decir, que una vez dispuesto el andamiaje técnico pretendido, se hace imprescindible adaptar al cambio el elemento humano, factor esencial en cualquier acción transformadora. Al decir de Carnelutti, *como la belleza de una música, la bondad de una ley no depende sólo de quien la compone, sino además de quien la ejecuta*” (9).

También hice referencia (10) a los operadores, a los encargados de administrar justicia, al sostener que:

“Debe concebirse el Derecho procesal del trabajo del mismo modo que el Derecho sustancial, es decir, en forma dinámica, es por ello que no debemos ampararnos en viejas consignas que hoy lucen de manera divorciada con la realidad: es preciso flexibilizar el procedimiento”.

“Pero, si bien existe una inadecuación legislativa, lo más grave es la inadecuación operativa en algunos de los encargados de administrar justicia; por eso, cuando nos referimos a *flexibilización* también estamos hablando de hacerlo respecto a las metodologías de trabajo, flexibilidad entendida —tal cual lo sostiene el informe Dabrendor— como “la capacidad de los individuos a renunciar a sus costumbres y adaptarse a nuevas circunstancias”, es decir, que se trata simplemente de un ajuste ante los cambios”.

“Esto no sólo apunta a un acabado conocimiento del Derecho sustancial del trabajo y de las normas procesales de aplicación de aquellos que deben administrar justicia —lo que constituye un requisito *sine qua non*—, sino a su aplicación práctica en el desenvolvimiento cotidiano de un juzgado que —como todo emprendimiento— presenta características y tiempos que es preciso conocer en toda su extensión, para poder así hacer un uso útil y eficaz del mismo”.

“Además debe existir en todos los magistrados una verdadera vocación de servicio que se materialice en un serio esfuerzo dirigido a obtener eficiencia en la prestación del servicio por el que se encuentran obligados a velar. Asimismo el factor humano cobra esencial importancia al momento de elegir los colaboradores cercanos (secretario, prosecretario y secretario privado) y demás empleados, pues una correcta elección que efectúe el magistrado será importante para su funcionamiento”.

“También, es preciso ejercitar una actitud de docencia diaria con el personal; docencia que se realiza no sólo con la contestación de interrogantes procesales, sino a través del cotidiano ejemplo en cuanto a la contracción al trabajo, cumplimiento del horario, esfuerzo, etcétera”.

Lo expuesto hace 24 años tiene plena vigencia hoy. Para conseguir los resultados deseados, es necesario partir —como piedra angular— de una organización global, a fin de redimensionar cada mecanismo del funcionamiento del juzgado priorizando el aporte humano.

Así, el trabajo del hombre debidamente valorizado y sustentado en la organización y el esfuerzo solidario —trabajo dirigido y responsable— resultará esencial a pesar de la carencias técnicas y de infraestructura que puedan existir para la consecución del fin perseguido, esto es, un servicio de justicia más eficiente.

Y aquí es donde nuevamente aparece la importancia de la acción transformadora del hombre. Ese no seguir aplicando viejas fórmulas, eficaces bajo otras circunstancias pero, hoy absolutamente inoperantes. Ese apego incondicional a esos “dudosos principios pétreos” transmitidos codo a codo y de generación en generación, suma también su cuota para acrecentar la “crisis”.

Resulta incómodo, sin dudas, dejar de lado determinadas costumbres que incorporamos como verdaderas líneas de pensamiento o principios infranqueables. Ello encuentra su fundamento en que pocos son los que están dispuestos a realizar el esfuerzo que implica poner en práctica una nueva conducta; un enfoque renovado y adecuado a la realidad.

Sobre el punto, Mercader expresaba que “el hombre (...) prefiere regularmente la vida vernácula y cede a las apetencias de su egoísmo y comodidad, que lo mueven a repudiar aquellos cambios susceptibles de aprendizajes inmediatos para el manejo de las nuevas herramientas”.

Pero no debe renunciarse al espíritu transformador por el mero hecho de ser desconocido, sin juzgar sus valores; no debemos permanecer sujetos a antiguos esquemas intelectuales bajo la consigna irrestricta de “no innovar”, pues si bien ese es el camino, más fácil también es el de la resignación; y lo que resulta más grave aún: lleva implícita la renuncia consciente a mejorar el servicio de justicia, lo que configura un incumplimiento a un deber moral.

No se trata aquí de desconocer la importancia de las formas, las que resultan necesarias por razones de orden y seguridad: lo que se ataca es su desnaturalización. En este caso, el tiempo —aspecto de la forma— constituye un disvalor del orden y provoca un daño a la *justicia*, puesto que desvirtúa el fin perseguido, una resolución justa en tiempo y forma.

Justamente, en el seguimiento de términos y plazos, en su cumplimiento, encontraremos la llave para la producción rápida de las probanzas, porque —tal cual decía Couture— *en el proceso el tiempo no es oro, sino justicia* (11). Por ello, todo el tiempo que no esté destinado a la averiguación de los hechos, cumpliendo plazos y produciendo probanzas, constituye un abuso de las formas en detrimento del fin de justicia pretendido.

## IV. Conclusiones

Luego de observar que, en esencia, los problemas y las soluciones son los mismos, no cabe más que transcribir las reflexiones finales formuladas hace 24 años, ya que siguen tan vigentes como entonces. En 1993 (12) sostuve que:

“Sin dudas, para obtener resultados positivos es necesario precisar el concepto de justicia del trabajo que queremos. Debemos lograr todos juntos una justicia laboral confiable y eficiente, pero también, ágil y oportuna”.

“Desde mi óptica, debe adoptarse un criterio esencialmente realista: celeridad, concentración, economía procesal y sencillez, principios consagrados en la ley 18.345 y que surgen como consecuencia inmediata del respeto a los caracteres propios del Derecho sustancial del trabajo”.

“Estos principios, que hoy lucen como letra muerta en la ley orgánica, deben aplicarse efectivamente e internalizarse en todos y cada uno de los operadores laborales. La realidad no es esquemática, encuadrarla rígidamente es desvirtuarla, desconocerla; y justamente, lo primero que debe exigirse a quien obra —al decir de Santo Tomás— es que conozca, por ello todos —abogados, magistrados, funcionarios, empleados, auxiliares— debemos bregar por un funcionamiento eficiente del fuero laboral, y la fundamentación última de este objetivo es entender la *justicia* desde un punto de vista axiológico, es decir, como un valor ideal y una virtud”.

“Y para ello, debe prescindirse de preconcepciones. Se trata de plasmar propuestas serias y concretas, y no meros paliativos que en definitiva habrán de dejar las cosas en el lugar anacrónico en el que se encuentran: es preciso concientizarse sobre la necesidad de una renovación que permita mejorar la administración de justicia”.

“Todos convenimos en que la dilación excesiva en la tramitación de una causa se traduce en una virtual denegatoria de justicia, desvirtuándose así el fin perseguido. La *justicia* es un servicio y por ende debe servir, es decir, ser conveniente en tiempo y forma; si no se cumplen estas premisas, no nos estaremos refiriendo a una adecuada administración de justicia, sino a una “cuasi justicia formal” divorciada de la realidad: todos pretendemos salir del estado de Derecho (del Trabajo) y pasar al estado de Justicia (del Trabajo)”.

“Para ello, debemos no sólo reformular un nuevo modelo de justicia laboral sino lograr una apertura al cambio en los operadores, que resulten aptos para afrontar las circunstancias existentes, mientras se va diseñando el modelo de *justicia del trabajo* que queremos”.

“Todo esto lleva a dejar de lado esa tendencia infundada de reducir la esencial función de “dar a cada cual lo que le corresponde” a una mera tarea de carácter administrativo y burocrático: no debemos olvidar que el Poder Judicial es el órgano natural de aplicación de la Justicia, virtud y valor ideal al servicio de la verdad objetiva y fin esencial de todo Estado libre”.

Todos esos conceptos esgrimidos en 1993 son de aplicación en 2017, por lo cual me remito a ellos.

Como lo vengo diciendo desde hace años y en distintos trabajos, ponencias y conferencias, para brindar soluciones a los conflictos laborales y propender a una justicia eficiente en tiempo y forma, es sumamente importante contar con un marco normativo adecuado: Derecho sustancial protectorio, Derecho adjetivo dinámico y etapa prejudicial de resolución de conflictos. Y también con funcionarios idóneos; pero ello no es suficiente.

Para lograr esos objetivos, es preciso internalizar esos objetivos en los operadores laborales, de modo que con su actitud y conducta sistemática y permanente defiendan esa bandera.

El Dr. Santiago J. Rubinstein, con meridiana claridad, en su carácter de presidente de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral emitió una declaración (13) y envió una nota a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 22/4/1992, en la que expresó la opinión de la SADL sobre el funcionamiento de la Justicia Nacional del Trabajo. Uno de sus párrafos consignaba que “... no ignoramos que la infraestructura edilicia dista mucho de ser la adecuada y que los medios materiales son pobres y escasos. Pero creemos que muchas de las dificultades existentes desaparecerían a poco que cada uno de los integrantes de la Justicia Nacional del Tra-

bajo cumpliera, con eficacia y responsabilidad, las obligaciones que la ley les impone. Se trata de un problema fundamentalmente humano...”.

Es importante tomar conciencia de la necesidad de los cambios y buscar el modo de implementación. Algunos de esos cambios son meramente de actitud.

Los operadores deben internalizar la esencia de los principios rectores que dimanan de las leyes procesales: intermediación, a través de la dirección y vigilancia del proceso por parte del juez a fin de bregar por el cumplimiento de plazos efectuando un seguimiento de los expedientes mediante revisiones periódicas de letra y observando las normas procesales (revisación de términos, cumplimientos de plazos, etc.); el de concentración, mediante el cual las pruebas deben producirse en la menor cantidad de actos posibles, a fin de que el juez pueda tener una visión global de ellas; el de economía procesal, dirigido a ahorrar esfuerzos inútiles con el fin de simplificar el proceso evitando una prolongación irrazonable.

Pero también que cada uno, desde su lugar y función (más o menos importante), asuma su rol con compromiso social, en el entendimiento de que se debe hacer justicia en el caso concreto (equidad), que los créditos laborales son alimentarios y deben ser efectivamente percibidos por el trabajador, que el tiempo es justicia y que el derecho del trabajo es un derecho humano fundamental.

Debe apuntarse en futuras reformas a un procedimiento judicial aún más simplificado, más flexible y despojado de excesos rituales, los cuales no pueden terminar prevaleciendo sobre lo sustancial; el exagerado apego a las formas es un abuso de derecho incompatible con un adecuado servicio de justicia.

Y esto se extiende a la interpretación de las normas adjetivas, la cual debe tener como norte el derecho sustancial y el bien jurídico tutelado, en el entendimiento de que el procedimiento es una herramienta para materializar el derecho de fondo.

También es preciso en la práctica utilizar efectivamente todos los institutos procesales vigentes para asegurar el crédito laboral desde el inicio de la demanda, ya que la realidad demuestra que por la insolvencia sobreviniente de sus ex empleadores provocada por la demora en las tramitaciones de las causas, muchos trabajadores con sentencias favorables no la cobran.

Para ello también resulta de utilidad incrementar los intereses en los casos de deudor moroso, haciendo más onerosa la condena a fin de propender a su pago.

Es fundamental el buen funcionamiento del SECCLO, ya que una adecuada instancia previa de conciliación reduce considerablemente la litigiosidad en los tribunales. Como se viene haciendo en nuestros tribunales durante la tramitación del proceso también se debe instar el acuerdo entre las partes con una participación activa de los funcionarios judiciales en las audiencias.

Asimismo, la menor cantidad de ingresos de causas y expedientes en trámites en un tribunal permite que la Justicia Laboral se ocupe con celeridad y mayor esmero de las causas en que realmente no se puede lograr la autocomposición de los derechos e intereses de las partes.

Al decir de Augusto Morello (14) “solidificar un reducido pero robusto cuerpo de ideas-fuerza que al interiorizarse (...) en los operadores jurídicos (legisladores, jueces y abogados) desalienten las resistencias a la reforma y las posturas de los francotiradores que, al cabo, son los que torpedean los mejores propósitos y terminan por descabezar propuestas afanosamente elaboradas”.

Mejorar la administración de justicia es posible: se requiere método y organización por un lado, y esfuerzo solidario por otro: pen-

## { NOTAS }

(8) GRISOLIA, Julio A., “Hacia una nueva Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1989-A, ps. 39/46.

(9) GRISOLIA, Julio A., “Hacia una nueva Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1989-A, ps. 39/46.

(10) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1993-B, 1385.

(11) COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Ed. Depalma, Bs.As., 1979, p. 392.

(12) GRISOLIA, Julio A., “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo”, DT, 1993-B, 1385.

(13) Publicada en el diario Clarín, el 22/3/1993.

(14) En LA LEY del 22/3/89.

samiento convertido en fuerza inteligente, esa es la fórmula.

Como expresaba José Ingenieros: “deben ir pensamiento y acción como brújula que guía y hélice que empuja para ser eficaces”. Con una férrea voluntad colectiva de lograrlo, efectuando cada uno desde su función un profundo examen de conciencia y asumiendo cada sector su cuota de responsabilidad, seguramente será un objetivo realizable.

#### V. Reflexiones finales

Reitero un tema no menor: la salida de la crisis de los ochenta, esto es, que la Justicia del

Trabajo funcionara con posterioridad a esa crisis durante 20 años adecuadamente, cumpliendo en tiempo y forma, no se debió a una mayor producción por organismo, sino que estuvo motivada por otros factores.

En efecto, esencialmente la causa es que descendió drásticamente el ingreso de expedientes por juzgado, ello motivado por la política laboral flexibilizadora. Pero además, de esta causa principal, cabe destacar que se sumaron varios factores que fueron determinantes para mejorar la administración de justicia: 1) se crearon 35 nuevos juzgados, 2) se informatizó el fuero, 3) se creó el SECCLO, 4) se modificó el procedimiento.

En conclusión: la solución radicó en la reducción del ingreso, sumado a otros factores enumerados precedentemente; pero no se debió a la mayor capacidad de resolución de causas. Es decir, que los juzgados en promedio no resolvieron más causas por mes, sino que ingresaron menos expedientes.

La pregunta que cabe formular es la siguiente: si en la actualidad no se adopta ninguna medida, no se advierte cómo habrá de reducirse el ingreso; y si convenimos en que tampoco se puede incrementar la resolución de las causas, estamos en presencia de un problema grave que puede estar haciendo colapsar el servicio de Justicia del Trabajo de la Capital Federal. ●

Cita on line: AR/DOC/1257/2017

#### ! MÁS INFORMACIÓN

**Grisolia, Julio Armando - Perugini, Alejandro Hugo**, “Una mirada sobre la crisis de la Justicia Nacional del Trabajo”, LA LEY 2015-A, 1099, AR/DOC/4520/2014.

**Grisolia, Julio Armando**, “Nueva crisis en la Justicia Nacional del Trabajo”, LA LEY, 2013-F, 1146, AR/DOC/4206/2013; “La grave situación de la Justicia Nacional del Trabajo”, RDLSS, 2014-22-2269 AP/DOC/1410/2014; “Propuestas para la optimización de la Justicia Nacional del Trabajo: veinte años después”, RDLSS, 2013-20-2053 AP/DOC/1975/2013.

#### \_COLUMNA DE OPINIÓN

## El conflicto entre el fallo “Muiña” y la nueva ley interpretativa del Congreso

#### VIENE DE TAPA

de discrepancia y que la cosa juzgada nacerá cuando la Corte se pronuncie sin reenvío sobre el tema a decidir.

En efecto, cualquiera advierte que este precepto desatendido contempla la posibilidad

de que el tribunal de origen no se conforme con el fallo de la Corte, insista en su criterio, y vuelva —recurso mediante— el caso al Alto Tribunal, que se pronunciará en definitiva al respecto emitiendo sentencia, que no tiene que ser, por necesidad, la misma que la anterior. Se percibe que estos reenvíos sucesivos, de la Corte al tribunal de origen, y del tribunal de origen a la Corte, significan una garantía de acierto mucho mayor que la que proporciona la práctica corriente.

Por otra parte, este tipo de procedimiento demuestra que las decisiones de la Corte Suprema no valen por su posición jerárquica, sino como lo manifestó el juez Tanney, en una opinión destacable, puesta de relieve por el Procurador General, Dr. Sebastián Soler,

en Fallos: 236:501 (Rafael Mauleón Castillo v. Antonio Campi): “decididamente acepto que se considere en adelante como ley de este tribunal la de que su opinión sobre la interpretación de la Constitución esté siempre abierta a discusión cuando se la suponga fundada en error, y que su autoridad judicial deba, en adelante, basarse totalmente en la fuerza del razonamiento sobre el cual está fundada” (Ver. 7 How. 283, citado por Willoughby en “The constitutional law of the United States”, second edition, vol. I, pág. 74).

Y, correspondientemente, quedaría dignificada la tarea de los jueces, quienes, según Fallos: 131:105 poseen: “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta

propia de la condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones”

De las grandes crisis, como la provocada en el fallo “Muiña”, suelen surgir nuevas soluciones y perspectivas, y a ello queremos contribuir con estas líneas, sin perjuicio de proporcionar, por vía de las publicaciones especializadas, los fundamentos histórico-críticos de lo aquí propuesto. ●

Cita on line: AR/DOC/1295/2017

## NOTA A FALLO

### Telecomunicaciones

#### Llamadas a las Islas Malvinas. Facturación como comunicaciones internacionales. Improcedencia.

**Hechos:** Un individuo promovió una acción emergente de la Ley de Defensa del Consumidor contra una empresa de telefonía persiguiendo que se condenara a ésta a refacturar el servicio cobrado erróneamente. Fundamentó su petición en que, con motivo de interesarle viajar a las Islas Malvinas, llamó al centro de información turística de dicho territorio y a dos hoteles ubicados en la ciudad de Puerto Argentino. Manifestó que al recibir su factura, tomó conocimiento de que dichas llamadas fueron consignadas como comunicaciones internacionales. La sentencia admitió el

reclamo, pero rechazó la indemnización por daño moral.

Las llamadas efectuadas a las Islas Malvinas no pueden configurarse, facturarse ni denominarse como internacionales, pues, no sólo constitucionalmente se han consagrado como pertenecientes al territorio nacional, sino que, además, en los convenios internacionales específicos de telecomunicaciones aprobados nunca se claudicó ante la pertenencia territorial de aquéllas a la República Argentina; máxime si se tienen en cuenta los hechos bélicos en los que el país ha participado para recuperar su posesión.

**120.126** — CCiv. y Com., San Pedro de Jujuy, Sala IV, 05/04/2017. - G., J. E. c. Telecom Argentina S.A. s/acción de defensa del consumidor.

[Cita on line: AR/JUR/8451/2017]

#### ! COSTAS

A la demandada vencida.

**2ª Instancia.**- San Pedro de Jujuy, abril 5 de 2017.

El doctor *Macedo Moresi* dijo:

Resulta

I. La presente acción de defensa del consumidor es interpuesta por el Sr. J. E. G., quien actúa como abogado en causa propia.

Dirige la misma en contra de la razón social Telecom Argentina S.A. persiguiendo por esta que se condene a la accionada a refactu-

rar el servicio telefónico correctamente, que la accionada pida disculpas públicas al pueblo argentino en un medio masivo de circulación nacional y que se condene a la accionada al pago del daño moral que manifiesta haber sufrido, refiriendo frente al mismo, que la suma que pudiera corresponder les sea entregada a las asociaciones civiles de San Pedro de Jujuy, Caminemos Juntos, ASPER y APREM.

Fundamenta su petición en que con motivo de interesarle viajar a conocer las Islas Malvinas, el actor llamó al centro de información turística de dichas Islas, quien le dio dos números telefónicos de hoteles ubicados en la ciudad argentina de Puerto Argentino, habiendo realizado un total de tres llamadas a dichas Islas, con fecha 04/12/2012.

El actor manifiesta que grande fue su sorpresa al recibir la factura de la empresa Te-

# La integridad territorial y la cuestión Malvinas en un caso de defensa del consumidor

Leopoldo M. A. Godio

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Síntesis del caso comentado. — III. Consideraciones respecto de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional. — IV. El territorio como parte del Estado y su consideración en el Derecho internacional público. La integridad territorial. — V. Reflexiones finales.

#### I. Introducción

El Estado posee al territorio como parte de sus elementos y ejerce su soberanía en la totalidad de éste. Sin embargo, esta teoría de los internacionalistas presenta

casos que en la práctica tribunalaria requieren de un análisis que transforme instituciones inicialmente pensadas para las relaciones entre los Estados, en conceptos útiles para la resolución de controversias domésticas.

Este ejercicio resulta pertinente en el caso “Acción de Defensa del Consumidor J. E. G. c. Telecom Argentina S.A.”, decidido por la Sala IV de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de San Pedro de Jujuy, el 5 de abril de 2017, a pesar de tratarse de un asunto domésticamente apto para su estudio desde el Derecho administrativo, la teoría del Estado, el Derecho del consumidor, el Derecho constitucional o el Derecho internacional público que es, precisamente, la impronta que desarrollaremos a partir del fallo señalado, seleccionando dos aspectos sobresalientes analizables en relación con éste: a) La Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional, determinante para los ar-

gumentos construidos por los magistrados; y, b) El territorio como elemento del Estado y sus características para el Derecho internacional público.

#### II. Síntesis del caso comentado

El Sr. J. E. G., abogado en derecho propio, inició en 2013 una acción de defensa del consumidor contra Telecom Argentina S.A. (en adelante, Telecom) ante los tribunales competentes en la ciudad de San Pedro de Jujuy. Los hechos de la disputa se generan a partir de la facturación de tres llamadas telefónicas realizadas por el actor a las Islas Malvinas —el 4 de diciembre de 2012— y que fue-

lecom Argentina S.A. en la cual se facturan las llamadas antes referidas como comunicaciones internacionales realizadas a las Islas Malvinas, lo cual le causa una grave afectación moral así como una reacción enérgica frente a lo que considera una violación del derecho argentino y de la soberanía de la Nación Argentina sobre las Islas Malvinas.

Sostiene el actor que se encuentra violado el derecho argentino por la conducta desplegada por la accionada al facturar como internacional las llamadas efectuadas a las Islas Malvinas, porque ello se contrapone directamente con lo dispuesto en la cláusula transitoria primera de la Constitución Nacional que dice "...la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino...".

Asimismo sostiene que se viola la resolución de la Comisión Nacional de Comunicaciones en cuanto a su cuadro tarifario que

dice "... las comunicaciones a las Islas Malvinas se facturarán como clave 12 interurbana con un descuento del 50%..." no diciendo dicha resolución en ninguna parte que estas llamadas se facturan como internacionales.

En el mismo sentido sostiene el actor que entender que es una llamada internacional la comunicación a las Islas Malvinas implica violentar la ley 23.775 de Provincialización de la Isla Grande de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Sosteniendo que estas violaciones a la Constitución, a la Ley y la reglamentación antes referida implican una afrenta a la dignidad de los argentinos más aún cuando dichas violaciones son efectuadas por una empresa argentina que brinda un servicio público por concesión que le fuera otorgada por el Estado Argentino.

En cuanto al daño moral que dice haber padecido, describe el actor su militancia y su especial sensibilidad con la cuestión Malvinas. Sostiene que desde que tenía 5 años tuvo un interés personal de estar informado sobre el conflicto con las Islas Malvinas lo que lo llevaba a concurrir a la Comisaría N° 43 del Talar para conocer las novedades del conflicto, concluyendo que Malvinas fue un tema presente en su vida y en su militancia política y que si la accionada piensa que Malvinas es

el Reino Unido esto tira por la borda ciento ochenta años de lucha por la recuperación de las Islas, ignorando los seiscientos cuarenta y nueve argentinos fallecidos en el conflicto, conculcando el sueño argentino de recuperar nuestra pérdida perla austral.

Con cita en el Constitución y en la Ley 24.240, invoca el derecho que le asiste como consumidor sosteniendo que la prueba de lo expresado emerge de la documental compañía en autos y que la relación que lo vincula con la accionada es una relación de consumo.

En capítulo aparte el actor ofrece prueba, formula reserva del caso federal y pide se haga lugar a su demanda.

II. Conferido al presente el trámite de juicio sumarísimo las partes fueron convocadas a la audiencia que prescriben los artículos 395 y ctes. del C.P.C. la cual se llevo a cabo con fecha 23 de abril de 2013 en la que compareció al proceso Telecom Argentina S.A. representada por el Dr. A. A. P. (h) conforme poder obrante a fs. 14/21 de autos.

III. La accionada contesto la demanda por escrito oponiéndose a su procedencia negando expresamente cada uno de los hechos esgrimidos en la demanda y que en el supuesto de haber actuado de buena fe, el actor debió

haber procedido de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 del reglamento general de clientes del servicio básico telefónico formalizando dentro del plazo de 60 días el reclamo administrativo que resulta ser objeto en esta causa. Asimismo, sostiene que pudo haber el actor efectuado el reclamo administrativo ante defensa del consumidor lo cual nunca efectuó.

Niega la demandada manejar monopólicamente los teléfonos fijos de San Pedro de Jujuy sosteniendo que la misma brinda un servicio público cuya concesión ha sido conferida por el Estado Nacional y que se encuentra regulada por la ley 19.798.

Asimismo sostiene la accionada que niega que el actor hubiera tenido la idea de conocer las Islas Malvinas y que aun de ser cierto ello, en nada esta ha impedido o ha obstaculizado la materialización de aquel deseo.

Rechaza que Telecom Argentina S.A. trate a las comunicaciones dentro del territorio nacional como comunicaciones internacionales sosteniendo que Telecom Argentina presta sus servicios en virtud de la concesión que le fuera otorgada y las normas dictadas por el Estado al respecto, por lo que las comunicaciones dentro del territorio nacional no son tratadas de manera arbitraria o antojadiza sino que son facturadas en un todo de

ron calificadas como "internacionales" por la Empresa Telecom.

De este modo, la pretensión del reclamante se dirigió a obtener una sentencia que condene al demandado a: 1) Realizar una nueva y correcta facturación del período objetado; 2) Obtener un pedido de disculpas dirigido al pueblo argentino, en un medio de comunicación nacional; y 3) El pago de sumas en concepto del daño moral sufrido.

En la sentencia del 5 de abril 2017, el Tribunal resolvió hacer lugar a la acción interpuesta y condenar a Telecom sólo respecto de los dos primeros puntos, rechazando el restante por considerar la Sala, la insuficiencia probatoria que acreditase la existencia de una lesión en los sentimientos del actor a partir de tres llamadas telefónicas realizadas a las Islas Malvinas y facturadas como "internacionales".

Respecto de la primera solicitud del reclamo, el tribunal ordenó la emisión de una nueva factura de pago, adecuándola a las normas internacionales, constitucionales, nacionales y reglamentarias vigentes(1). En relación con el segundo pedido se satisfizo el interés del actor mediante la publicación, por cinco días consecutivos en dos diarios nacionales y dos diarios locales de mayor circulación, de un texto de desagravio redactado por el Tribunal que dispuso lo siguiente: "Telecom Argentina S.A., por orden judicial, rectifica toda facturación o comunicado en el cual tratara las llamadas telefónicas realizadas a las Islas Malvinas como internacionales, aclarando que las llamadas a las Islas Malvinas son locales interurbanas y el costo de dicha llamada se encuentra reducido en un 50%".

A continuación seleccionaremos los argumentos más relevantes utilizados por el Tribunal para justificar su decisión y cómo ésta resulta acorde a los más elementales principios del Derecho internacional público

aunque aquéllos no fueron mencionados expresamente por los magistrados.

### III. Consideraciones respecto de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional

Previo a todo análisis merece señalarse que el tribunal encuadra acertadamente la disputa al considerarla como una relación de consumo, fundada en el vínculo jurídico de la relación entre las partes y la normativa aplicable al caso.

De entre ellas nos interesa señalar el acertado recuerdo y aplicación, por parte los magistrados, de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional que ratifica la legítima e imprescriptible soberanía de la Nación Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

Sin dudas, su carácter transitorio no significa en modo alguno que se trate de una norma con categoría inferior respecto de las restantes disposiciones de la Constitución Nacional, sino que conlleva un condicionamiento para su vigencia hasta el cumplimiento de un acto jurídico que determine su innecesariedad. De hecho, resulta imposible sostener que una norma constitucional es superior a otra del mismo texto —excepto que el cuerpo legal así lo disponga, situación que no se presenta en el caso— y en nada importa que se trate de una regla transitoria, ya que este carácter no puede disminuir su valor.

A fin de respaldar nuestra afirmación y en honor a la intención del legislador, resulta necesario señalar que su inclusión fue realizada por la Convención Nacional Constituyente, en la Sesión del 18 de agosto de 1994. Dicha oportunidad evidenció uno de los momentos más emocionantes y menos refutados del proceso de reforma constitucional al señalar-

se, en lo que nos interesa y como excelente síntesis, que:

"(...) la carga de sentimiento que tiene porque el tema de las Islas Malvinas... estamos defendiendo una causa justa... una bandera levantada en forma permanente por varias generaciones de argentinos.

"La Argentina tiene derechos legítimos sobre las islas Malvinas. De eso no nos cabe la menor duda... Al independizarse la República Argentina en 1816, heredó la jurisdicción territorial del ex virreinato español del Río de la Plata que incluía, desde luego, a las Islas Malvinas... Existen pruebas fehacientes de que hasta 1833 el gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata ejerció actos de jurisdicción indiscutidos sobre las islas Malvinas, como legítimo sucesor de la Corona de España... El acto de fuerza realizado por Gran Bretaña en 1833 fue calificado... como acto de agresión injustificado... la Argentina ha realizado numerosos actos de protesta... sobre esta ocupación que, desde luego, se extendió hasta nuestros días y forma parte de la historia reciente. De modo tal que el argumento de la prescripción tampoco puede ser utilizado.

"(...) Desde 1946 la cuestión de Malvinas se encuentra en Naciones Unidas. En ese año Gran Bretaña denunció al territorio de Malvinas como colonial no autónomo, temperamento al cual la República Argentina se viene oponiendo en forma permanente. Nunca dejamos de protestar, porque en ningún momento aceptamos que sea un territorio colonial no autónomo.

"En 1965... se sanciona la resolución de las Naciones Unidas que llevó el número 2065, que... reconoce la existencia de una disputa de soberanía... insta a las partes a proseguir sin demora las negociaciones a efectos de lograr una solución concertada sobre el problema de soberanía.... [y] reconoce algo muy

importante: que en este conflicto hay sólo dos partes, es decir, la Argentina y Gran Bretaña. Con ello se excluye la posibilidad de que los habitantes de la isla puedan terciar en esta disputa.

"Luego la historia es conocida: el conflicto de 1982, la ruptura de las relaciones y las nuevas resoluciones dictadas a partir de 1983. El gobierno de entonces volvió a plantear el tema ante las Naciones Unidas y desde ese momento se sucedieron declaraciones de la Asamblea General y del Comité de Descolonización...

"(...) El texto que hoy estamos proponiendo, señores convencionales, no necesita muchas explicaciones. Por una parte, ratificamos la legítima e imprescriptible soberanía de la República Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

"No es ésta una mera declamación voluntarista ni una declaración rutinaria; se trata de una expresión genuina y legítima del pueblo argentino, a través de su máxima instancia legislativa como lo es esta Convención Nacional Constituyente... Pero esta norma no sólo es para dentro; es también para afuera... Decimos que es un objetivo permanente e irrenunciable, y esto constituye un mandato para todas las generaciones de argentinos. Nunca debemos olvidar que hay una parte de nuestro territorio que no está habitada por argentinos, sino que está en manos extranjeras.

"Hoy estamos sancionando una Constitución y queremos que ella rija en todos los rincones del país..." (2).

Asimismo, respecto a su carácter transitorio, es útil señalar que el convencional Corach sostuvo que era correcta esta fórmula de inserción, ya que la cláusula sería elimina-

### { NOTAS }

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

(1) Precisamente, el tribunal señala la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional, su art. 13 y las leyes 19.798, 23.775 (modificada por ley 26.522), 23.554, 23.968, 24.848, y 24.240, así como el art. 1092 del CCyC, junto a las demás normas concordantes

respecto a la relación de consumo entre las partes. En materia internacional refiere a la reserva y a la declaración argentina formuladas al momento de ratificar el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones de 1992, así como las realizadas en el Convenio de la Unión Postal Universal de 1989, entre otras.

(2) CECP-Ministerio de Justicia de la Nación, "Obra de la Convención Nacional Constituyente", La Ley, Buenos Aires, 1994, t. IV, ps. 4565-4572. Para profundizar en la historia y el derecho que asiste a la República Argentina en relación con la "Cuestión Malvinas" y la refutación de todos los argumentos británicos ver, en-

tre otros, KOHEN, Marcelo G. - RODRÍGUEZ, Facundo G., "Las Malvinas entre el Derecho y la Historia", Buenos Aires, Eudeba, 2015; BERASATEGUI, Vicente E., "Malvinas. Diplomacia y Conflicto Armado", Buenos Aires, Proa, 2011.

conformidad con las normas que regulan la actividad, sosteniendo que conforme art. 15 R.G.C.S.T.B. “...el nivel de tarifa que los prestadores cobren por el servicio básico telefónico, estará de acuerdo con la estructura general de tarifas correspondiente....”

Sostiene además que Telecom Argentina S.A. no ha violado las disposiciones de la Comisión Nacional de Comunicaciones, la Constitución Nacional, la Ley 23.775, la historia y la dignidad de los argentinos, manifestando que no existe nada más absurdo que tener por cierto que se hubieran violentado las normas referidas.

En cuanto al daño moral del actor, sostiene el representante legal de la accionada, que el mismo no puede concebirse desde ningún punto de vista, pues no pueden los nobles sentimiento del accionante por Malvinas haberse visto afectados o alterados por una simple facturación y menos aún que por ello corresponda la aplicación del daño moral, citando doctrina sobre los elementos constitutivos y de procedencia del

daño moral que sostiene no se encuentran configurados en autos.

Concluye ofreciendo prueba, introduciendo y haciendo reserva de la cuestión federal y solicitando el rechazo de la demanda con costas a la actora.

IV. Contestada por el actor la vista sobre los hechos nuevos, abierta la causa a prueba y proveída la ofrecida por las partes la causa se encuentra en condición de ser resuelta, por lo que corresponde sin más, pronunciarlos.

*Considerando:* I. Concurdan las partes en que el día 04 de diciembre del año 2012 el Sr. J. E. G. desde la línea número... efectuó tres llamadas a las Islas Malvinas a los números... en una oportunidad y al número... en dos oportunidades.

Asimismo no ha sido objeto de discusión que la relación que vincula a las partes es una relación de consumo por existir un vínculo jurídico entre el proveedor demandado

y el consumidor de un servicio público de telefonía fija del cual es destinatario final, como lo es el actor, ello de conformidad con el art. 1092 del CCyCN, que conforme expresamente lo refiere el art. 7 del mismo Código, resulta de aplicación inmediata a la presente causa por tratarse de normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. En razón de ello es de aplicación la ley 24.240 y el CCyCN en cuanto a las normas de consumidor.

II. Aclarado lo antes expuesto, corresponde entrar al análisis de la cuestión debatida en autos siendo necesario para ello tratar primigeniamente si la factura N° 8104-12222240 a nombre del Sr. J. E. G. y que obra a fs. 2/3 se encuentra de conformidad con la legislación argentina.

III. a.- Al respecto huelga señalar que conforme expresamente lo establece nuestra Constitución Nacional, las Islas Malvinas pertenecen al territorio nacional y se encuentran bajo la soberanía de la Nación Argentina, en este sentido los consti-

tuyentes del año 1994 han insertado en el texto mismo de la Constitución la cláusula transitoria N° 1 que expresamente dice “... La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino...”

Enseña Rosatti que la “...Norma transitoria es la que tiene condicionamientos para su vigencia tales como el cumplimiento de un plazo, o la ocurrencia de un factor extra jurídico.

Paradójicamente una norma permanente puede tener una vigencia temporal menor que otra transitoria (v.gr.: en el caso argen-

da de la Constitución una vez que sea recuperada la soberanía de las Islas Malvinas (3).

Por último, merece distinguirse la técnica constitucional de *elaboración* y aquella referida a la *interpretación*, las que pueden presentarse en el momento constituyente en sí, pero que excluye la primera durante el despliegue del texto constitucional. En ese sentido, las “técnicas de formulación” aparecen como consejos-guía que sigue el constituyente, mientras que las “técnicas de interpretación procuran desentrañar el significado de la Ley Mayor y cuya argumentación, por parte del operador será legítima, según Carnota, en tanto y en cuanto no se salga de las mismas, por lo que cabe concluir que los magistrados han empleado e interpretado acertadamente, la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional (4).

#### IV. El territorio como parte del Estado y su consideración en el Derecho internacional público. La integridad territorial

El territorio, uno de los elementos esenciales del Estado, constituye uno de los símbolos más tangibles de su existencia y, como afirma Antokoletz, “El derecho del Estado sobre su territorio es la soberanía territorial” (5). Sin embargo, su concepto presenta distintas tesis que han dominado distintos momentos de la historia de las naciones. Por ejemplo, en

tiempos de las monarquías, el patrimonio del Rey o el Príncipe era confundido con el patrimonio del Estado. Esta tesis perdió vigencia con la aparición de la monarquía constitucional, cuya nueva situación requería considerar al territorio como un “objeto o bien real internacional” del Estado (6), aunque esta concepción fue objeto de críticas que consideraban a este espacio como el ámbito en el que el Estado ejerce su imperio y que no es un objeto, sino un elemento constitutivo de éste (7).

Sin embargo y a pesar de conducir en algunos casos a resultados irrazonables, la generalidad de la doctrina admite y reconoce al territorio del Estado como el ámbito de validez espacial del orden jurídico estatal. Por otra parte, si bien para algunas teorías los buques, aeronaves y establecimientos diplomático-consulares constituyen, en ocasiones, territorio estatal con base en el criterio de la extra-territorialidad (8), lo cierto es que se trata de teorías que no reflejan el estadio actual del Derecho internacional público, toda vez que se trata de una ficción cuyos efectos no resultan siquiera comparables al territorio y que en el caso de establecimientos oficiales destinados a actividades diplomáticas y consulares se encuentran regulados por las Convenciones Viena de 1961 y 1963, respectivamente (9).

En definitiva, el concepto de territorio corresponde al elemento espacial del Estado-

sujeto de Derecho internacional, como entidad soberana, y no a los objetos. Asimismo, este régimen jurídico reconoce instituciones que presentan soberanía sin revestir físicamente carácter de territorio como las aguas interiores, el mar territorial, las aguas archipelágicas y la plataforma continental, al tiempo que otorga derechos de soberanía a otros espacios marítimos.

El territorio puede adquirirse de modo originario o derivado, según si el mismo se encontró previamente en posesión de otro Estado. El primero de ellos, el modo originario, comprende el descubrimiento, la ocupación (10) y la accesión (11), mientras que el derivado admite formas de adquisición mediante cesión o convención (12), sucesión (13) y prescripción (14).

Respecto de la adquisición del territorio, Casado Raigón afirma que corresponde abandonar su “concepción patrimonialista” para concentrarse en el *título jurídico* que habilita el ejercicio de las competencias soberanas sobre el territorio, toda vez que el Estado “(...) ejerce sus competencias sobre un territorio porque ostenta un título que el [derecho internacional] le reconoce...” (15). Esta idea se completa con el criterio de Sørensen, para quien el respeto al aspecto territorial de la soberanía territorial constituye una de las reglas más importantes del derecho internacional (16).

Con relación a la *cuestión Malvinas* y la integridad territorial argentina cabe señalar que el simple descubrimiento no reviste título suficiente de dominio, como tampoco lo es la posesión ficticia por medio de una cruz o una bandera. La ocupación efectiva fue realizada por el capitán francés Bougainville, quien fundó Puerto Louis o Soledad de Malvinas en 1764 y originó la protesta española, corona que recobró las mismas en 1766 mediante una suma de dinero. Posteriormente se inicia la disputa con el Reino Unido y la cuestión pareció zanjarse a partir de la Declaración anglo-española, del 22 de enero de 1771, que reconoció la restitución amistosa de las Islas Malvinas a España, reconociendo la soberanía a esta última, quien la poseyó pacíficamente desde entonces y cuyo “derecho de ocupación” le fue transmitida, posteriormente, a la República Argentina como heredera de aquella.

Es por este motivo que el principio de efectividad, entendido como actos de autoridad estatal y aquiescencia de la otra parte en disputa, presenta un relevante argumento a favor de Argentina, que la ejerció hasta la expulsión ilegal de Luis Vernet, autoridad argentina en las islas, y de quienes allí se encontraban, en enero de 1833. Este punto presenta, además, un elemento adicional a tener en consideración en casos de Estados de reciente independencia, como consecuen-

#### { NOTAS }

(3) CECP-Ministerio de Justicia de la Nación, “Obra de la Convención Nacional Constituyente”, cit., p. 4574.

(4) CARNOTA, Walter F., “Normas Constitucionales. Su elaboración”, Legis, 2009, Buenos Aires, ps. 75-78. Para profundizar el análisis de la interpretación constitucional, ver CARNOTA, Walter F., “Curso de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 11 y ss.

(5) ANTOKOLETZ, Daniel, “Tratado de Derecho Internacional Público. En tiempo de paz”, Juan Roldán y Cía., Buenos Aires, 1925, t. II, p. 10.

(6) Esta tesis es propuesta, entre otros, por Díaz Cisneros quien afirma que el Estado posee bienes materiales, muebles e inmuebles sobre los que ejerce soberanía, dominio, posesión, jurisdicción o disposición reconocidas por los demás Estados miembros de la comunidad internacional y que el conjunto de todos ellos integra el territorio. Cfr. DÍAZ CISNEROS, César, “Derecho Internacional Público”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, t. I, ps. 559-561.

(7) BARBERIS, Julio A., “El territorio del Estado”, CEBDI, 2000, vol. IV, ps. 223-323.

(8) Idea que otorga el carácter de “territorio” a determinados bienes del Estado al que pertenecen. Usualmente se aplicaba a buques, aeronaves, cables submarinos y sedes de legaciones.

(9) Para un análisis particular de esta última cuestión, ver ARREDONDO, Ricardo, “Derecho Diplomático y Consular”, Abeledo-Perrot, 2016, Buenos Aires, ps. 143-250.

(10) La ocupación de un territorio que no pertenece a nadie es una toma de posesión y desde siglo XVII-XVIII se admite que el mero descubrimiento no bastaba para adquirir el mismo. Desde el siglo XIX, la posesión de un territorio *res nullius*, que no pertenece a ningún Estado sumado a que sea real y efectiva en nombre de una potencia y no de compañías colonizadoras, es una situación inaplicable a la Cuestión Malvinas por la práctica del *uti possidetis iuris*, que analizaremos más adelante. Al respecto, ver ARMAS PFIRTER, Frida M. - BARBERIS, Julio A. - BÉRAUD, Alan C. - FREYRE, Nelly, “Los límites de la República Argentina”, *Cuadernos de Derecho Internacional* 2, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, *Colección Universidad Austral*, Buenos Aires, 2000, ps. 15-24. Respecto de la ocupación y la exigencia de territorio en cuestión como *terra nullius*, desde el Acta General de la Conferencia de Berlín (1885), el derecho internacional exige una condición de fondo: la efectividad o exigencia de una ocupación material que adicione una intencionalidad de manifestación de poder y autoridad, mediante el ejercicio de la jurisdicción y función estatal de modo continuo y pacífico. Cfr. CASA-

DO RAIGÓN, Rafael, “Derecho Internacional”, Tecnos, Madrid, 2015, 2da. ed. reimpressa, p. 290.

(11) Se produce por aluvión (acción gradual generada, por ejemplo, por la corriente habitual de un río), avulsión (hecho violento provocado, por ejemplo, por un terremoto o un maremoto) o formación de islas, en este último caso necesariamente sin intervención del hombre y siempre que se mantengan en pleamar. Para un estudio del particular estatus de las islas y su evolución, ver GODO, Leopoldo M. A., “La evolución del régimen jurídico de las islas en el derecho internacional contemporáneo y su interpretación en la controversia entre Nicaragua y Colombia”, en ALICE, Mauricio [et. al.], *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2015, ps. 157-182.

(12) Consiste en una transmisión voluntaria, por parte de un Estado a otro, bajo la forma de una venta o permuta. Requiere su instrumentación en un tratado. Un ejemplo de este modo de transmisión es la venta de Alaska, por parte de Rusia, a los Estados Unidos.

(13) En siglos pasados los territorios se transmitían mediante “herencia” entre los monarcas y en ocasión de donación, fallecimiento o abdicación, actualmente se efectúa de Estado a Estado y presenta situaciones de emancipa-

ción o separación. Actualmente puede presentarse mediante secesión, en caso que una provincia, un territorio con su población autóctona, constituya un nuevo Estado a costa del que pertenecía, tal como lo realizó la República de Panamá en 1903 al segregarse de Colombia. También se presenta en casos de separación de Estados, como ocurrió entre Hungría y Austria. Para un análisis de la dinámica del Estado, ver ARREDONDO, Ricardo (dir.), “Manual de Derecho Internacional Público”, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 112 y ss.

(14) Entendida como la adquisición mediante posesión prolongada suficiente y de forma que permita presumir que el anterior poseedor ha renunciado a sus derechos. Este supuesto no contiene plazos determinados y puede ser interrumpido por un reclamo o protesta diplomática. Se ha sostenido que la prescripción adquisitiva, la posesión inmemorial y los títulos históricos constituyen, en realidad casos de costumbre. Cfr. BARBERIS, Julio A., “El territorio del Estado”, CEBDI, 2000, vol. IV, ps. 223-323.

(15) CASADO RAIGÓN, Rafael, “Derecho Internacional”, cit., p. 290.

(16) SØRENSEN, Max, “Manual de Derecho Internacional Público”, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, 5ta. reimpression, p. 264.

tino ello ocurriría si se reforma una cláusula constitucional antes que se recupere la soberanía de las Islas Malvinas...” (Horacio Rosatti, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni Editores Pág.86).

Por ende siguiendo lo referido por el Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el carácter de transitoriedad no implica una valoración secundaria respecto de los artículos que integran el plexo de la Carta Magna, sino que por el contrario la transitoriedad ésta determinada por el tiempo de validez de dicha cláusula, ya que una vez recuperada las Islas Malvinas habría ocurrido el hecho que haga cesar el sentido y el espíritu de dicha cláusula.

III. b.- Por su parte la ley 23.575, reformada por la Ley 26.552 sostiene “...Declárese provincia conforme lo dispuesto en los arts. 13 y 67, inc. 14 de la Constitución Nacional, al actual territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. (...) La Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e

Islas del Atlántico Sur comprende: La parte oriental de la Isla Grande de Tierra del Fuego hasta el límite con la República de Chile, la Isla de los Estados, las Islas Año Nuevo, las Islas Malvinas, la Isla Beauchêne, las Rocas Cormorán y Negra, las Islas Georgias del Sur, las Islas Sandwich otras islas, islotes y rocas situados en aguas interiores y en el mar territorial generado a partir de dichos territorios de conformidad con lo previsto en la ley 23.968, incluidas las islas, islotes y rocas situados al sur de la Isla Grande de Tierra del Fuego hasta el límite con la República de Chile; los territorios situados en la Antártida Argentina comprendida entre los meridianos 25º oeste y 74º oeste y el paralelo 60º sur, las islas, islotes y rocas situados entre los territorios que compre la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas de Atlántico Sur...”

La claridad y detalle de la norma antes citada no deja duda alguna que las Islas Malvinas integran el territorio de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas de Atlántico Sur, que ha sido creada por la ley recientemente transcrita y el marco de las

facultades constitucionales que posee el Congreso de la Nación.

III. c.- La ley de Defensa Nacional 23.554 expresa en su art. 5º que “...La Defensa Nacional abarca los espacios continentales, Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y demás espacios insulares, marítimos y aéreos de la República Argentina, así como el Sector Antártico Argentino, con los alcances asignados por las normas internacionales y los tratados suscriptos o a suscribir por la Nación esto sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 28 de la presente Ley en cuanto a las atribuciones de que dispone el Presidente de la Nación para establecer teatros de operaciones para casos de la guerra o conflicto armado. Contempla también a los ciudadanos y bienes nacionales en terceros países, en aguas internacionales y espacios aéreos internacional...”

La referida norma asevera la pertenencia territorial de las Islas Malvinas del Atlántico Sur al suelo argentino, y la obligación de defender este territorio.

cia de la descolonización: la aplicación del principio del *uti possidetis iuris*, que reconoce la preeminencia de los títulos y límites territoriales internacionales, así como los límites administrativos internos que se identifican con la fecha de la independencia, que en la terminología empleada por la Corte Internacional de Justicia equivale a la *fecha crítica* (17). Es por ello que, con acierto, Casado Raigón atribuye al principio del *uti possidetis iuris* una “clara función pacificadora y estabilizadora”, con el objeto de “(...) prevenir eventuales pretensiones de las potencias coloniales no americanas sobre regiones que la antigua metrópoli había asignado a una u otra circunscripción pero que aún permanecían no ocupadas o inexploradas”, a fin de evitar que peligre la estabilidad de los Estados de reciente independencia, tras el retiro de la potencia administradora (18).

Por otra parte, constituye un principio fundamental del Derecho internacional el respeto por la integridad territorial, el que fue codificado en la Carta de la ONU y respecto del cual los Estados deben abstenerse de afectarla o amenazarla mediante el uso de la fuerza (19). El mismo fue precisado, tiempo después, por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, del 24 de octubre de 1970, referida a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados y disponer que “El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas” (20).

Este criterio fue reafirmado en una actuación posterior referida a la situación de Gibraltar —una controversia entre España y el Reino Unido que presenta elementos valiosos de análisis para un trabajo por separado—, la

Resolución 2353 (XXII), del 19 de diciembre de 1967. En aquella la Asamblea General recordó y consideró que toda situación colonial que destruya parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de la ONU, y específicamente con el párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, aprobada el 14 de diciembre de 1960 (21).

Las resoluciones señaladas resultan coherentes con la interpretación brindada, tiempo antes, por la Corte Internacional de Justicia en la decisión del “Caso del Canal de Corfú” que tuvo, casualmente, como una de las partes en disputa al Reino Unido. Allí la Corte expresó que entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial constituye uno de los pilares esenciales de las relaciones internacionales (22). En el ámbito doméstico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció, por mayoría, en *el leading case* “Merck Química Argentina c. Gobierno Nacional” (1948), referido a la validez constitucional de las medidas de desposesión de bienes, retiro de personería jurídica y ulterior liquidación de la empresa, dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional, que los poderes del Estado son, indiscutiblemente, existentes y preexistentes a él, por cuanto se encuentra “(...) en mira la salvaguardia de la integridad e independencia nacional... forzosamente anteriores y, llegado el caso, aun mismo superiores a la propia Constitución (23).

Su fundamento se encuentra, según Barberis, en la práctica de siglos pasados que ejemplifica con una discusión diplomática sustentada en la primera mitad del siglo XIX y cuyo origen fue, por coincidencia, la invasión de tropas inglesas al territorio estadounidense para apropiarse del buque *Caroline*. Este fallido accionar tuvo un reconocimiento británico respecto del cual

su conducta constituyó una “violación del territorio” y afirmaba, además, que “el gobierno de Su Majestad lo considera como un hecho muy serio y, lejos de pensar de que un episodio de esta naturaleza pueda ser considerado con ligereza, rogará sinceramente para que no se reitere”. El Gobierno de los Estados Unidos, a través de su Secretario de Estado, respondió que la declaración británica constituía una admisión plena de los grandes principios del Derecho público, según el cual “el respeto por el carácter inviolable del territorio de los Estados independientes constituye el fundamento más esencial de la civilización” (24).

Esta necesidad de respetar la integridad territorial y preservar al Estado de toda agresión exterior fue uno de los principios perseguidos por el Pacto de la Sociedad de las Naciones, que encabeza el Tratado de Versalles y demás acuerdos de paz celebrados al finalizar la Primera Guerra Mundial. Su posterior evolución justificó su inclusión en la Conferencia de San Francisco de 1945 y es por ello que, actualmente y sin excepción, la doctrina especializada admite que “(...) la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, contenido en el art. 2.4, de la Carta de la ONU, es generalmente aceptado y reconocido como norma imperativa de Derecho internacional general” (25).

## V. Reflexiones finales

En la introducción del presente comentario nos hemos propuesto realizar algunos aportes que el Derecho internacional público y su posible aplicación en el caso “Acción de Defensa del Consumidor J. E. G. c. Telecom Argentina S.A.”. A pesar de compartir la solución de fondo por parte de los magistrados es necesario señalar que aquéllos contaron con una valiosa oportunidad de abordar aspectos estatales, con fundamento en el De-

III. d.- Específicamente vinculado a la telecomunicaciones corresponde analizar la ley 24.848 por la cual se aprobó la constitución y el convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (U.I.T.) adoptados en Ginebra el 22 de diciembre de 1992 y los instrumentos de enmienda adoptados por la conferencia de plenipotenciarios reunidas en la ciudad de Kyoto el 14 de octubre de 1994, en cuyo art. 3º sostiene “...Al procederse a la ratificación de la Constitución y el Convenio:

a) Se expresará que: “...I-La República Argentina rechaza la inclusión y la referencia a las Islas Malvinas, Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte como territorios dependientes, efectuadas al momento de ratificar la Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (U.I.T.), adoptados en Ginebra (Confederación Suiza), el 22 de diciembre de 1992 y reafirma su soberanía sobre dichas islas, que son parte integrante del territorio nacional de la República Argentina.

recho internacional público que no resultan excluyentes respecto de controversias domésticas.

Llegado este punto y considerando los aspectos internacionales que presenta el caso a partir de la disputa de soberanía que presenta la *cuestión Malvinas*, se advierte que la decisión de los magistrados fue realizada conforme al derecho constitucional y que, además, el derecho internacional convalida no sólo la inclusión de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional y su contenido, sino también el derecho preexistente a ésta, respaldado por el principio del *uti possidetis iuris*.

Por otra parte, los análisis y las respuestas realizadas evidencian que el derecho internacional actual establece la plena vigencia del principio de integridad territorial y que el mismo ya había sido considerado con anterioridad, incluso por el Reino Unido, como un fundamento esencial de las relaciones entre los Estados, al menos durante el siglo XIX. Sin dudas, al margen de los propios actos británicos, ello tampoco podría ser desconocido en nuestros días por ningún Estado, tal como lo reconoce expresamente el art. 2-4) de la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones dictadas de conformidad con ésta.

En suma, el Derecho internacional exige a todos los Estados el respeto por la integridad territorial y su obligatoriedad no se funda, simplemente, en las normas locales constitucionales, sino también en convenciones internacionales y la amplia práctica interestatal cuya observancia debe ser respetada, también, por todos los órganos que conforman el Estado. ●

Cita on line: AR/DOC/1261/2017

## { NOTAS }

(17) En palabras de la propia Corte “Moreover it has to be remembered that no question of international boundaries could ever have occurred to the minds of those servants of the Spanish Crown who established administrative boundaries; *uti possidetis iuris* is essentially a retrospective principle, investing as international boundaries administrative limits intended originally for quite other purposes”. Cfr. LAND, “Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)”, I.C.J. Reports, 1992, ps. 387-388, parág. 43.

(18) Cfr. CASADO RAIGÓN, Rafael, “Derecho Internacional”, cit., p.293.

(19) Cfr. art. 2 (4) de la Carta.

(20) Este principio fue reiterado por el mismo órgano

en la Resolución 3314 (XXIX), que contiene la definición de “agresión” al establecer, en el art. 1, que “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado...”.

(21) El párrafo en cuestión señala en modo similar que “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”. Asimismo, resulta necesario recordar que ni la Resolución 1514 (XV), ni las más de cuarenta resoluciones de la Asamblea General de la ONU y su Comité de Descolonización han reconocido, afirman Kohen y Rodríguez con razón al respecto, la existencia de

un pueblo separado en el territorio y, en consecuencia, determina las negociaciones como medio pacífico para finalizar la controversia de la soberanía, teniendo en cuenta los “intereses” y no los “deseos” de la población de las islas, tal como lo indica la famosa Resolución 2065 (XX), del 16 de diciembre de 1965. Cfr. KOHEN, Marcelo G. - RODRÍGUEZ, Facundo G., “Las Malvinas entre el Derecho y la Historia”, Eudeba, Buenos Aires, 2015, ps. 278-279. Estos mismos autores argumentan, acertadamente, que mil seiscientos ciudadanos británicos implantados por el Reino Unido no tienen derecho de decidir una controversia de soberanía entre dos Estados y cuya superficie marítima y terrestre es mayor a la extensión continental argentina y doce veces mayor que la del Reino Unido.

(22) En palabras del tribunal “Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations”. Cfr. Corfu Channel Case, Judgment of April 4th, 1949: I.C.J. Reports 1949, 4 y ss.

(23) Fallos: 211:162.

(24) BARBERIS, Julio A., “El territorio del Estado”, CEBDI, 2000, vol. IV, p.282.

(25) Cfr. MONCAYO, Guillermo R. - VINUESA, Raúl E., - GUTIERREZ POSSE, Hortensia D. T., “Derecho Internacional Público”, Zavala, Buenos Aires, t. I, 3ª reimpresión, 1990, ps.24, 39, 133-134.

II. La República Argentina declara que ninguna de las estipulaciones de la Constitución ni el Convenio deberán interpretarse o aplicarse como afectando sus derechos, fundados en títulos jurídicos, actos de posesión, contigüidad y continuidad geológica, sobre el Sector Antártico Argentino comprendido entre los meridianos de veinticinco grados (25º) y setenta y cuatro grados (74º) de longitud oeste y el paralelo de sesenta grados (60º) de latitud sur, sobre el que se ha proclamado y mantiene su soberanía.

b) Se formularán las siguientes reservas:

I.- La República Argentina reitera e incorpora por referencia, todas sus declaraciones y reservas formuladas en las Conferencias Mundiales competentes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (U.I.T.), que adoptaron y revisaron los Reglamentos Administrativos, antes de la fecha de la firma de la Constitución y el Convenio del mencionado organismo adoptados en Ginebra (Confederación Suiza) en 1992.

II. La República Argentina se reserva el derecho de adoptar todas las medidas que estime oportunas para proteger sus intereses en el caso de que otros Estados Miembros no observen las disposiciones de la Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (U.I.T.) y de los Reglamentos Administrativos, como así también en el caso de que las reservas formuladas por otros Miembros, comprometan el buen funcionamiento de sus servicios de telecomunicación...”

Surge claramente de la Ley 24.848 la decisión y convicción frente a todos los países que celebraron el convenio de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, el rechazo de la Argentina a la inclusión como parte del Reino Unido de las Islas Malvinas, de las Islas Georgias del Sur, y las Islas Sandwich del Sur, reafirmando que las Islas Malvinas pertenecen e integran el territorio de la Nación Argentina.

III. e.- De igual modo, lo ha realizado en la aprobación del convenio internacional de la Unión Postal Universal efectuado por Ley 24.200 en el convenio internacional de radiofonía aprobado por Ley 23.461 y a lo largo de todos los convenios internacionales que aprobara el Estado Argentino, demostrando inocultablemente la soberanía sobre las Islas Malvinas del Atlántico Sur y la pertenencia territorial de las mismas a la Nación Argentina.

III. f.- Por su parte la Ley Nacional de Telecomunicaciones N° 19.798 establece que las comunicaciones serán internas o internacionales de conformidad con art. 24 que dice “...Toda instalación de telecomunicaciones deberá ser interconectada con las redes del servicio interno o internacional en la oportunidad y forma que lo determine la autoridad de aplicación Ministerio de Obras y Servicios Públicos-Comunicaciones...”.

Asimismo, la misma norma efectúa la clasificación correspondiente para el servicio de telecomunicaciones interno sosteniendo al respecto el art. 56 que “...El servicio interno será urbano e interurbano. El primero es el establecido entre usuarios vinculados a una misma área de servicio local y el segundo entre usuarios de distintas áreas...”.

III. g.- La resolución 1740/1998 en sus fundamentos sostiene “...Que, aquellos países, como la República Argentina, que tienen grandes distancias territoriales, requiere de políticas regulatorias que contemplen, de forma diferencial, estas características geográficas.

Que, siendo ello así, y toda vez que existe una vasta distancia territorial entre las Islas Malvinas y el continente, resulta altamente positivo arbitrar las medidas necesarias a fin de fomentar la realización de llamadas desde el continente a las Islas, a fin de acortar las distancias territoriales existentes...”

Concluyendo en su parte resolutive que “...Artículo 1º— Establécese que, para las comunicaciones originadas en el continente y que terminen en las Islas Malvinas, las Licenciatarias del Servicio Básico Telefónico deberán aplicar un descuento del 50% (Cincuenta Por Ciento), de la tarifa vigente...”

III. h.- Por su parte del informe de ENACOM dispuesto como medida para mejor proveer en autos que rola a fs. 126/146, especialmente a fs. 131 se aclara en la descripción de las tarifas del servicio interurbano que “... Las comunicaciones a las Islas Malvinas se facturarán como clave 12, interurbanas con un descuento del 50%...” reiterando dichas características a fs. 136.

IV. Por consiguiente surge con nitidez, no sólo que constitucionalmente se han consagrado las Islas Malvinas como pertenecientes al territorio nacional, sino que además las mismas constituyen la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; que en los convenios internacionales específicos de telecomunicaciones así como otros convenios internacionales aprobados por la Argentina nunca ha claudicado la pertenencia territorial de las Islas Malvinas a la República Argentina.

Asimismo en el marco de la reglamentación interna, la Ley 19.798, que expresamente reconoce la demandada como reglamentaria de su actividad a fs. 31 ap. III punto 2 segundo párrafo, efectúa la clasificación de las llamadas internas, es decir las que se realizan dentro del territorio nacional, las cuales clasifica según el área entre urbanas e interurbanas.

Por su parte la reglamentación del ente de control de las telecomunicaciones, que también la demandada reconoce como normativa aplicable a su actividad, determina que la llamada a Malvinas debe facturar como interurbana, código 12, es decir más de 1680 km, debiendo reducirse la tarifa en un 50% conforme lo dispone la resolución 1740 de la Secretaría de Comunicaciones.

Por todo ello y los hechos bélicos en los que la Argentina ha participado para recuperar la posesión sobre las Islas Malvinas es que no existen dudas de que las mismas integran el territorio nacional y que por lo tanto las llamadas a las mismas no pueden configurarse, facturarse ni denominarse como internacionales.

VI. Atento a la conclusión antes arribada corresponde contrastar la misma con la prueba documental obrante a fs. 2/3 reiterada a fs. 4/5.

En efecto, de la lectura de fs. 2 y 5, surge que la demandada ha calificado la comunicación telefónica que el actor efectuara el 4 de diciembre de 2012 a las Islas Malvinas como llamadas internacionales.

Que dicha calificación resulta contraria a la norma reglamentaria informada por el ENACOM en autos y violatoria de las normas legales antes referidas por desconocer que las Islas Malvinas integran el territorio Nacional, lo cual resulta inaceptable y violenta no sólo las normas antes referidas, sino la tutela del interés que tiene el actor como consumidor, por ser la forma de facturación del servicio, contraria a derecho.

VII. Vale destacar que el proveedor de servicios debe cumplir su prestación conforme las pautas contractuales y las normas que regulan el servicio, más aún cuando se trata de servicio básicos concesionados por el Estado y alcanzados por normas y reglamentos específicos, por lo que el incumplimiento de dichas normas, así como de lo convenido entre el prestador del servicio y el consumidor resulta violatorio del art. 19 de la Ley de Defensa del Consumidor.

“...El art. 42 de la Constitución Nacional, dispone la protección de los usuarios de los servicios públicos. Al respecto explica Enrique Suárez que del precepto constitucional surgen para el usuarios los siguientes derechos: 1) El de recibir una prestación del servicio público con adecuada calidad y eficiencia, 2) Derecho a abonar la tarifa reglamentaria, a ser correctamente categorizado a dichos efectos, a que las menciones de sus consumos sean reales y por ende la facturación derivada sea la correcta...” (Liliana Schwartz, “Derecho del Consumidor según la Ley 24.240 y el Código Civil y Comercial”, Ed. García Alonso, pág. 159, Buenos Aires 2016).

De la cita antes efectuada se puede apreciar la tutela constitucional que establece el art. 42 de la Carta Magna para que el consumidor sea correctamente categorizado, lo cual atento a lo antes expresado, no ha ocurrido en autos, pues debiendo categorizarse el servicio como interurbano, ha sido calificado como internacional.

En razón de lo expuesto se concluye que la accionada ha violado la ley de defensa del consumidor al calificar la llamada efectuada por el actor como internacional.

VIII. a.- Las conclusiones arribadas en los dos apartados que anteceden, sumado a ello al valor en el sentimiento argentino que tiene la causa Malvinas nos llevan a la convicción de que corresponde, hacer lugar a la demanda y en consecuencia ordenar a la accionada que proceda a emitir nuevamente la factura N° 8104-1222240 de fecha de emisión 12/12/2012 del servicio telefónico cuyo titular es el actor corrigiendo la calificación de la llamada conforme lo establece la norma reglamentaria y la legislación antes citada.

VIII. b.- En cuanto a la petición de desagravio estimamos que el desconocimiento del territorio argentino no puede ser reducido como un hecho simple de la facturación, pues la manda constitucional impone a todos los argentinos y con mayor razón a quienes participamos de uno de los poderes del Estado, de velar por el cumplimiento de la Constitución Nacional, por lo que consentir sin consecuencia alguna el desconocimiento de las Malvinas como parte del territorio nacional, implica incumplir el mandato permanente e irrenunciable del pueblo argentino respecto de la recuperación y ejercicio pleno de la imprescriptible soberanía que la Nación Argentina tiene sobre las Islas Malvinas.

Por ello se estima pertinente condenar a la accionada a publicar, por cinco días consecutivos iniciándose la publicación un día domingo, en dos diarios locales de mayor circulación (El Tribuno de Jujuy y Diario Pregón) y en los diarios nacionales Clarín y Nación, en el tamaño de un cuarto de página la siguiente disculpa “Telecom Argentina S.A., por orden judicial, rectifica toda facturación o comunicado en el cual tratara, las llamadas telefónicas realizadas a las Islas Malvinas como internacionales, aclarando que las llamadas a las Islas Malvinas son locales interurbanas y el costo de dicha llamada se encuentra reducido en un 50%”.

El control del cumplimiento de lo ante dispuesto, conjuntamente con la parte actora, deberá ser efectuado por el Ente Nacional de Comunicaciones —ENACOM— y a la Comisión Nacional de ex combatientes de Malvinas dependiente del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas de la Nación, en caso de incumplimiento en la publicación de lo antes estipulado y en la forma prevista, aplíquese sanción conminatoria progresiva y acumulativa por la suma de pesos cincuenta mil por cada incumplimiento que sea denunciado por los órganos de contralor antes referidos.

VIII. c.- En cuanto al reclamo de daño moral, de la prueba arribada en autos, el mismo no se encuentra acreditado, el sentimiento por la Causa Malvinas es profundo del corazón argentino, es un recuerdo constante de aquellos héroes silenciosos, que entregaron su vida en el cumplimiento de recuperar la legítima e imprescriptible soberanía de este pedazo de la Patria, mas este sentimiento del pueblo argentino propio del ADN de la sociedad argentina, no es una reserva individual.

La vocación e interés que manifiesta el actor por las Islas Malvinas no se encuentra en discusión al igual que tampoco lo están sus ideales, más el daño no se constituye, porque una determinada acción o hecho no se corresponda con dichos ideales.

Un error en la facturación, como se dijo en los apartados anteriores implica la violación de normas reglamentarias, el desconocimiento de normas territoriales, más no tiene entidad suficiente para afligir el espíritu del accionado al grado tal que pueda llegar a constituir un daño moral.

Las declaraciones testimoniales brindadas en autos, dan cuenta de la militancia y compromiso de la causa Malvinas pero no permiten convicción alguna de que el error en la facturación haya causado un daño en el espíritu del actor que constituya “...Una modificación disvaliosa del espíritu, un estar diferente de aquel que se encontraba antes del hecho (C.F.R. Zavala y González Matilde “El concepto de daño moral”, JA, 1985-1-729 N°V).

Haber facturado las tres llamadas efectuadas por el actor a las Islas Malvinas como internacionales, no se encuentra acreditado en autos, que hayan tenido la aptitud para causar una lesión en el sentimiento que determine dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas.

Por todo ello corresponde rechazar el reclamo de daño moral efectuado por la parte actora.

IX. Atento a la resolución de la presente causa propongo que la costas sean impuesta a la demandada vencida de conformidad con el art. 102 del CPC, con la particular ponderación de que fue justamente la calificación antirreglamentaria de la llamada a las Islas Malvinas como internacional, la que justifico la presente acción, ello independientemente de que la pretensión de daño moral no progrese.

X. Respecto de los honorarios el mérito a la calidad y eficacia de los trabajos concretados, la naturaleza y complejidad del asunto, la participación de cada letrado y el resultado obtenido, así como por tratarse de un proceso sin monto, y lo dispuesto por el Superior Tribunal de Justicia en la Acordada 96/2016, como montos mínimos para retribuir la labor profesional de los abogados y procuradores que intervienen en las causas judiciales, corresponde regular al Dr. J. E. G. la suma de pesos ... (\$...)

y para el Dr. A. A. P. (h) la suma de pesos ... (\$...). En ambos casos más el impuesto al valor agregado de corresponder.

Por todo ello la Cámara Civil y Comercial Sala IV resuelve: 1.- Hacer lugar a la demanda interpuesta en autos y en consecuencia condenar a la demandada a: a.- Emitir nuevamente la factura N° 8104-1222240 de fecha de emisión 12/12/2012 del servicio telefónico cuyo titular es el actor corrigiendo la calificación de la llamada conforme lo establece la norma reglamentaria y la legislación antes citada.

b.- Publicar en los dos diarios locales de mayor circulación (El Tribuno de Jujuy y Diario Pregón), y en los diarios nacionales Clarín y Nación, en el tamaño de un cuarto de página, por 5 días consecutivos iniciándose la publicación un día domingo, en letra mayúscula, negrita y no menor al N° 12, el siguiente texto: "Telecom Argentina S.A., por orden judicial, rectifica toda facturación o comunicado en el cual tratara, las llamadas telefónicas realizadas a las Islas Malvinas como internacionales, aclarando que las llamadas a las Islas Malvinas son locales interurbanas y el costo

de dicha llamada se encuentra reducido en un 50%". 2.- El control del cumplimiento de lo antes dispuesto deberá ser efectuado conjuntamente con la parte actora por el Ente Nacional de Comunicaciones —ENACOM— y a la Comisión Nacional de ex combatientes de Malvinas dependiente del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas de la Nación, en caso de incumplimiento en la publicación de lo antes estipulado y en la forma prevista, aplíquese sanción conminatoria progresiva y acumulativa por la suma de Pesos Cincuenta Mil (\$50.000) por cada incumplimiento

que sea denunciado por los órganos de contralor antes referidos. 3.- Rechazar el reclamo de daño moral efectuado por la parte actora. 4.- Imponer las costas a la demandada vencida de conformidad con el art. 102 del C.P.C. 5.- Regular al Dr. J. E. G. la suma de pesos ... (\$...) y para el Dr. A. A. P. (h) la suma de pesos ... (\$...). En ambos casos más el impuesto al valor agregado de corresponder. 6.- Regístrese, agréguese copia en autos, notifíquese por cédula a las partes, Dirección General de rentas, C.A.P.S.A.P.. — *Horacio J. Macedo Moresi.* — *Silvia E. Yecora.*



## JURISPRUDENCIA

### Violencia de género

**Venta de vehículo sin consentimiento de la ex cónyuge. Estafa y falsificación de documento público. Inaplicabilidad de la excusa absoluta del art. 185 del Cód. Penal. Violencia económica contra la mujer.**

**Hechos:** *Un individuo fue imputado por haber enajenado un vehículo a espaldas y sin el consentimiento de su ex esposa. Para llevar a cabo tal conducta, habría falsificado las firmas de aquella y llevado a otra mujer al Registro de la Propiedad Automotor para hacerse pasar por su ex cónyuge. El juez de grado dictó su procesamiento por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de estafa en concurso ideal con el delito de falsificación de documento público. El Tribunal de segunda instancia entendió que correspondía evaluar el caso a la luz del art. 185 del Cód. Penal. La Cámara de Casación anuló la decisión.*

1.- La conducta de quien habría enajenado un vehículo sin el consentimiento de su ex esposa a fin de perjudicarla patrimonialmente no queda abarcada por la excusa absoluta del art. 185, inc. 1 del Cód. Penal, pues la hipótesis imputativa delimitada permite advertir la existencia de una unidad de acción realizadora de los tipos penales de estafa y falsificación de documento público, que tutela el bien jurídico "fe pública", que no se encuentra comprendido en la enunciación taxativa comprendida en la mencionada norma (del voto del Dr. Borinsky).

2.- Toda vez que el encausado fue imputado por los delitos de estafa en concurso ideal con el de falsificación de documento público, siendo la damnificada su ex cónyuge, y que, conforme lo establecido por el art. 185 del Cód. Penal, se exime de responsabilidad criminal por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren los consortes, cabe concluir que tal previsión legal no puede alcanzar al tipo del art. 292 de la mencionada norma, que está destinado a proteger la fe pública (del voto de la Dra. Figueroa).

3.- Un tipo de violencia contra la mujer —tanto en el orden internacional como en el legislado en el ámbito nacional— es toda conducta orientada a defraudar sus derechos patrimoniales y económicos dentro de una relación familiar, como lo es el matrimonio, llevando a cabo conductas que repercuten negativamente en su plan de vida, e impidiéndole el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos (del voto del Dr. Hornos).

4.- La conducta desplegada por el imputado, orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su ex cónyuge falsificando su firma y su identidad para privarla del dinero que le correspondía por la venta de un vehículo, constituye violencia de género del tipo económico y bajo la modalidad de violencia doméstica; máxime cuando el desarrollo de la maniobra investigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer, tales como afirmar que la ausencia de la víctima ante el comprador del automóvil se debía a un supuesto "cuadro depresivo" (del voto del Dr. Hornos).

5.- La cláusula del art. 185 del Cód. Penal, en cuanto exime de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide la investigación de los hechos, es inconstitucional, pues contraviene en forma expresa las obligaciones asumidas por el Estado argentino al momento de ratificar la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (del voto del Dr. Hornos).

**120.127** — CFCasación Penal, sala I, 30/12/2016. - R., E. Á. s/ delito de acción pública.

[Cita on line: AR/JUR/91383/2016]

Buenos Aires, diciembre 30 de 2016.

**Resulta:** I. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, el 3 de mayo de 2016, resolvió: "Revocar el punto I del auto obrante en copias a fojas 1/13vta. en cuanto decide decretar el procesamiento de E. Á. R. por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de estafa en concurso ideal con el de falsificación de documento público y, en consecuencia, dictar el sobreseimiento del nombrado en orden al hecho materia del proceso, en virtud de que media la excusa absoluta prevista por el art. 185 inciso 1º del CP, dejando constancia de que el procedimiento no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado el imputado (arts. 336, inc. 5 y 361 del CPPN)", fs. 68/71.

II. Contra esta resolución interpuso recurso de casación la parte querellante, G. N. M. (fs. 79/87), que fue declarado admisible por el *a quo* (fs. 90/vta.) y mantenido ante esta instancia a fs. 96.

III. La querrela en su recurso de casación, luego de fundar la procedencia formal de la vía intentada y de resumir los antecedentes de caso, motivó sus agravios en el artículo 456 inciso 1º del Código Procesal Penal de la Nación.

En esta dirección arguyó que los hechos pesquisados encuadraban en dos delitos autónomos (falsificación de documento público y estafa), por lo que no podía aplicarse a toda esa plataforma fáctica la excusa absoluta prevista en el artículo 185 del Código Penal, la cual se ceñía exclusivamente a los delitos patrimoniales.

La recurrente agregó que "Además resultaría contrario al criterio lógico que la conculción importa admitir que ella funcione de manera que un medio más severamente castigado (falsificación, art. 292-297 Código Penal) pueda quedar absorbido por un delito con pena inferior (art. 172 Código Penal), si se atiende a los mínimos respectivos, ya que los máximos son iguales... Son dos conductas que, aunque ligadas eventualmente por un mismo designio criminoso, constituyen dos hechos independientes y no el concurso ideal que se estructura cuando comete un solo hecho rodeado de alguna circunstancia especial que lo lleva, también, a encuadrarlo en otra figura legal" (fs. 85/vta.).

Seguidamente, la recurrente efectuó un análisis de los antecedentes y los fundamentos de la norma e indicó que la excusa absoluta no hacía desaparecer el injusto y que sólo elimina la pena, y que ello era así por la falta de alarma social de estos hechos, para no intervenir en la resolución de conflictos de carácter doméstico o familiar y para salvaguardar el decoro familiar, entre otros. Así, concluyó que esta normativa no era aplicable al caso de autos, toda vez que los hechos enrostrados incluían la afectación al bien jurídico "fe pública".

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

IV. En el plazo previsto en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N. las partes no efectuaron presentaciones. Superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del C.P.P.N., quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (...).

El doctor *Hornos* dijo:

I. Admisibilidad formal del recurso:

El recurso de casación interpuesto es formalmente admisible toda vez que se dirige contra una sentencia definitiva ya que pone fin a la acción y hace imposible que continúen las actuaciones (artículo 457 CPPN), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 460 CPPN), sus planteos se enmarcan dentro de los motivos previstos por el art. 456, incisos 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado Código procesal.

Asimismo, la presente causa, y conforme se verá a continuación, involucra una cuestión federal al encontrarse en juego los compromisos asumidos por el Estado

Argentino al momento de ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

II. Antecedentes:

En la presente causa se investiga la maniobra pergeñada por E. Á. R. para perjudicar patrimonialmente a quien por entonces era su cónyuge, G. N. M. (querellante en estos actuados).

En efecto, se le imputa a E. Á. R. el haber enajenado el vehículo marca Citroën, modelo C4, 5 puertas, modelo 2009, dominio ..., a espaldas y sin el consentimiento de su ex mujer, quien en consecuencia se vio perjudicada al no recibir la parte que le correspondía por la venta del bien.

Para ello, el imputado habría falsificado las firmas de su ex mujer y justificado la ausencia de su cónyuge alegando un cuadro depresivo a raíz del conflicto matrimonial. Asimismo, en orden a perfeccionar tal operación, llevó a una mujer al Registro de la Propiedad Automotor quien se hizo pasar por Montero.

Dicha maniobra fue descripta al imputado en los siguientes términos "...haberle entregado, entre el 25 de enero y el 12 de mayo de 2011, a C. R. G. el formulario 08 n° 25004795, con firmas apócrifas de su esposa, G. N. M. Llevó a cabo esta conducta para efectuar la transferencia de la titularidad del dominio ..., correspondiente al vehículo marca Citroën, modelo C4, año 2009, debido a que se lo había vendido al señor G., a cambio de la suma de \$78.000 y dos cheques por la suma de \$1000 cada uno. Para concretar esta maniobra, el día 25 de enero de 2011 se presentó en la escribanía del Escribano D. P., quien certificó su firma y la de G., insertas en aquel momento en dicho formulario, donde ya se encontraba plasmada en la sección "j" condominio en la venta o transmisión" una firma apócrifa de su esposa".

El juez de grado, luego de valorar la prueba obrante en la causa, dictó el procesamiento del imputado por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de estafa en concurso ideal con el delito de falsificación de documento público (cfr. fs. 1/13).

Para así decidir, meritó la denuncia y la declaración testimonial de G. N. M., las cuales se comparecían con el resultado del peritaje caligráfico de fs. 56/60 que determinó que las firmas insertas en el formulario 08 n° ... atribuidas a la nombrada eran apócrifas y con la constancia notarial del escribano Di Piero respecto a que no se certificó la firma de G. N. M. cuando le fue exhibido el formulario 08.

En igual dirección, valoró el careo efectuado entre M. y el comprador del vehículo, G., oportunidad en la cual M. reiteró su negativa respecto a haber concurrido al Registro Automotor.

El juez concluyó que, para consumir la maniobra investigada, además de adupear la firma de su ex mujer “...R. utilizó a una persona que se hizo pasar por G. N. M., quien acompañó al señor G. al Registro Automotor y presentó el documento mencionado a los efectos de efectivizar la transferencia de dominio” (cfr. fs. 6/vta.).

Apelada esta resolución por la defensa (fs. 17/22), la Cámara confirmó el criterio del juez y descartó la tacha de arbitrariedad alegada por la defensa en su recurso (fs. 68/71). En tal sentido, afirmó que “Tras el examen de las constancias del sumario, advertimos, que las pruebas incorporadas hasta el momento resultan suficientes para arribar al dictado del auto de mérito previsto por el artículo 306 del CPPN, teniendo por probada la responsabilidad del imputado en la comisión de los delitos que se le reprochan... En este sentido, no son sólo los dichos de la Sra. M. los únicos que llevan a tener por acreditados los sucesos materia de estudio, sino que, a la par, se presentan otros elementos probatorios que dan sustento a la versión ensayada por la nombrada acerca del desconocimiento que ella tuvo respecto de la operación de venta y posterior transferencia de dominio del vehículo cuya titularidad era compartida en partes iguales por ella y R.”.

Sin perjuicio de compartir las conclusiones alcanzadas por el juez, la Cámara entendió que correspondía evaluar el caso a la luz del artículo 185 en atención a que, a la fecha de los eventos (producidos entre el 25/01/2011 y el 12/05/2011), M. y R. estaban casados.

En apoyo a su postura, la Cámara Federal de Apelaciones citó doctrina y jurisprudencia y concluyó que “...el legislador ha preferido, en lugar del castigo de algunos de sus integrantes, preservar el núcleo familiar de estrecha comunidad... Se trata de sustraer la injerencia estatal del ámbito de las relaciones intimistas que cabe suponer se desarrollan dentro de la organización familiar...” (cfr. fs. 71).

III. Los hechos investigados deben ser estudiados bajo una perspectiva de género:

a) He sostenido reiteradamente la tesis de que en el enjuiciamiento penal el concepto de Ley Vigente abarca a la Constitución Nacional, a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, a los restantes Pactos Internacionales y al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación (C.F.C.P. Sala IV causas n° 1619 caratulada “Galván, Sergio Daniel s/ recusación”, Reg. 2031.4, rta. el 31/08/1999, n° 2509 caratulada “Medina, Daniel Jorge s/recusación”, Reg. 3456.4, rta. 20/06/2001 y n° 335 caratulada “Santillán, Francisco s/casación”, Reg. Nro. 585.4, rta. el día 15/05/1996).

Asimismo, puntalicé que en casos donde puedan encontrarse comprometidos los derechos de las mujeres, debe siempre privilegiarse el estudio de la causa desde una perspectiva de género (cfr. causa FLP 51010899/2012/CFC1, caratulada “Luna Vila Diana s/ recurso de casación”, Registro n° 1337/16.4, rta. 20/10/2016 y causa FLP 58330/2014/CFC1 “Internas de la Unidad 31 SPF s/ habeas corpus”, Registro n° 2326/14.4, rta. 04/12/2015, del registro de esta Sala IV).

Es por ello que para analizar el presente caso, debe resaltarse que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,

conocida como “Convención de Belém do Pará”, aprobada por ley 24.632, promulgada el 01/04/1996, dispone en su artículo 2° que “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer...”. Asimismo, establece en el artículo 5° que: “Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos...”.

En igual sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por ley 23.179 y promulgada el 27/05/1985 y que cuenta con rango constitucional (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) expresamente dispone en su artículo 16 que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

b. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

El Comité creado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) emitió la Recomendación N° 21 en donde explicó los alcances de la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (artículos 15 y 16 de la referida Convención). Allí se afirma que “El derecho de la mujer a la propiedad, la administración y la disposición de los bienes es fundamental para que pueda tener independencia económica y en muchos países será de crítica importancia para que pueda ganarse la vida y tener una vivienda y alimentación adecuadas para ella y para su familia”, y respecto al consentimiento que debe brindar la mujer, previo a la enajenación de un bien propiedad de ambos cónyuges, el Comité sostuvo que “En muchos Estados, hasta los que reconocen la comunidad de bienes, no existe la obligación legal de consultar a la mujer cuando la propiedad que pertenezca a las dos partes en el matrimonio o el amancebamiento se venda o se enajene de otro modo. Esto limita la capacidad de la mujer para controlar la enajenación de la propiedad o los ingresos procedentes de su venta”.

En igual dirección, en la referida recomendación se sostuvo que cuando los países permiten que los individuos limitan o restrinjan los derechos económicos de las mujeres, les están negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitan su capacidad de proveer a sus necesidades.

En la Recomendación N° 9 también de la CEDAW se sostuvo que “En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental, y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a las mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción”.

En el ámbito nacional y siguiendo los parámetros convencionales anteriormente reseñados, la Ley de Protección Integral a las Mujeres (n° 26.485), promulgada el

01/04/2009, enumeró en el artículo tercero los derechos protegidos, dentro de los cuales se hace mención a: “La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial”.

Asimismo, define en el artículo cuarto a la violencia contra la mujer como “...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...”.

La citada ley describe a la violencia económica y patrimonial como “la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna...”.

Finalmente, respecto a las modalidades en la que se manifiesta el tipo de violencia contra la mujer, en el caso, económica y patrimonial, el artículo 6 dispone que: “Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos...”.

De lo expuesto se colige que un tipo de violencia contra la mujer —tanto en el orden internacional como en el legislado en el ámbito nacional— es toda conducta orientada a defraudar los derechos patrimoniales y económicos de la mujer, dentro de una relación familiar, como lo es el matrimonio. Asimismo que, en general, la violencia económica va acompañada de violencia psicológica. Ello así, porque tales conductas repercuten negativamente en el plan de vida de las mujeres, impidiéndoles el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y por los tratamientos internacionales sobre derechos humanos (artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional).

En este sentido, cabe traer a colación el informe de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual se efectuó un estudio estadístico de los tipos de violencia observada en el período comprendido entre los años 2008 y 2016 y arrojó como resultados que la violencia económica ocupa un lugar importante (entre un 30 y 40 % de los casos) precedida en primer lugar por la violencia psicológica (90%), la violencia física (entre 60 y 70%), la violencia ambiental (40%) y la simbólica (60%).

b) Aplicada esta Legislación Vigente al caso de autos, fácil resulta concluir en que la conducta desplegada por R. orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su cónyuge, para lo cual falsificó su firma y su identidad y, en consecuencia, privó a G. N. M. del dinero que le correspondía por su parte del vehículo, constituye violencia de género del tipo económica y bajo la modalidad de violencia doméstica (artículos 5.4.a y 6.a de la ley 26.485).

En este escenario, debe también resaltarse que el desarrollo de la maniobra inves-

tigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer (art. 6 de la Convención do Pará y art. 5 inciso a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

En efecto, debe señalarse que el imputado, en orden a consumir la maniobra, falsamente afirmó que la ausencia de su mujer ante el comprador del vehículo se debía a un supuesto “cuadro depresivo” de la mujer a raíz del conflicto matrimonial (ver en tal sentido la resolución del juez de grado a fs. 4). Versión de los hechos que no se corresponde con las pruebas obrantes en el expediente, en particular, ante los firmes dichos de la parte querellante.

En esta dirección, el descalificativo empleado por el imputado para describir una falsa situación, se corresponde con un estado estereotipado de la mujer con dolencias psiquiátricas y, por ende, de superioridad del sexo masculino, que es preciso erradicar de la sociedad en orden a alcanzar la igualdad de género, como mandato constitucional y convencional imperativo.

Por ello, afirmé que la mujer “...posee especificidades y autonomía normativa en la protección de sus derechos en el sistema universal y regional de Derechos Humanos y porque, a su vez, son pasibles de relaciones de dominación cultural... Y entre éstas, la relación de dominación varón-mujer requiere de una mirada y una visión con perspectiva de género que permita analizar el impacto diferencial de las acciones del Estado sobre varones y mujeres para que éstas no profundicen esa relación de dominación y contribuyan a desandarla” (cfr. causa FLP 51010899/2012/CFC1, caratulada “Luna Vila, Diana s/ recurso de casación”, ya citada).

En consonancia con lo expuesto, en el texto introductorio de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se dispone que: “El tercer cometido general de la Convención es el de ampliar la interpretación del concepto de los derechos humanos mediante el reconocimiento formal del papel desempeñado por la cultura y la tradición en la limitación del ejercicio por la mujer de sus derechos fundamentales. La cultura y la tradición se manifiestan en estereotipos, hábitos y normas que originan las múltiples limitaciones jurídicas, políticas y económicas al adelanto de la mujer (...). En consecuencia, los Estados Partes están obligados a coadyuvar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

IV. El artículo 185 del Código Penal transgrede la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ambas de rango constitucional:

a) El artículo 185 inciso 1° del Código Penal, en lo que resulta de aplicación al caso, prevé una excusa absolutoria entre los cónyuges por delitos de orden patrimonial taxativamente enumerados: hurtos, defraudaciones y daños.

Ello implica que el legislador considera que esas conductas constituyen delitos, pero que, por motivos de política criminal (que a continuación se analizarán), deben estar exentos de punibilidad. Son delitos que no están sujetos a pena.

Asimismo, en la práctica, ello implica la imposibilidad de que se investiguen las

conductas que encuadran en aquel supuesto, porque el artículo 336 del Código ritual expresamente prevé, en el inciso 5º, que deberá dictarse el sobreseimiento cuando “media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria” y ello, además, bajo la declaración de que “...el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado” (último párrafo del artículo 336 del CPPN).

Como se sostuvo en el considerando anterior, los delitos de orden patrimonial en perjuicio de la mujer dentro de la familia o unidad doméstica constituyen violencia contra la mujer.

En consecuencia, la cláusula del artículo 185 en cuanto exime de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide la investigación de los hechos contraviene en forma expresa las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al momento de ratificar la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En efecto, el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece que: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...) f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos...”.

En tal sentido, analizando el citado artículo 7, afirmé que mediante la ratificación del referido Tratado el Estado se había comprometido a “...actuar con la debida diligencia y adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, e incluir en su legislación interna la normativa y los procedimientos legales eficaces en relación a ese fin; que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” (cfr. causa CCC 191/2012/CFC1, caratulada “Altamirano, Jorge s/ recurso de casación” registro nº 310/16.4, rta. 22/03/2016).

En igual orden, el artículo 2 inciso b) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...) b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer...”.

En el caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “En casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericana específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un

acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.

De lo expuesto se concluye que, toda vez que el artículo 185 impide la debida sanción de los hechos calificados como violencia contra la mujer y que, en la práctica, ello implica la imposibilidad de investigar y efectuar el juicio correspondiente, tal cláusula contraviene expresamente las obligaciones asumidas por el Estado Nacional.

En el célebre caso “Góngora” de la Corte Suprema (Recurso de Hecho, expte. G. 61. XLVIII, resuelto el 23/04/2013) respecto a la interpretación que correspondía otorgarle al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará (anteriormente citado), con relación a la posibilidad de suspender el debate, la Corte sostuvo que “...la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los Estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la “Convención de Belém do Pará”, a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo)”, por lo que concluyó que “la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente”, porque ello “frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle...”.

En el caso bajo análisis, a partir de la vigencia del artículo 185 del Código Penal, no sólo se impide el juicio, sino también, el inicio de la investigación, en atención al amplio alcance que tiene el sobreseimiento en nuestro Código Procesal que, como ya tuve oportunidad de sostener, el dictado del sobreseimiento es válido aun sin previa recepción de la declaración indagatoria (cfr. Causa Nro. 187: “Andreucci, Marcos y otros s/rec. de casación”; Reg. Nro. 367.4, rta. el 09/08/1995 y Causa Nro. 8707 “Vila, Alberto Luis y otros s/ recurso de casación”, registro nº 12.889.4, rta. 04/02/2010); con lo que, se suprime cualquier posibilidad de investigar profundamente y de acuerdo al estándar internacional, los hechos considerados como violencia contra la mujer.

b) Sentado cuanto precede, la declaración de inconstitucional del artículo 185 del Código Penal se impone, en orden a investigar y sancionar los hechos calificados como violencia de género, de acuerdo a las obligaciones asumidas por el Estado.

Al respecto, ya he tenido oportunidad de señalar la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en atención a la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego, que me inclinan a permitirme salir de la zona de autorrestricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; se trata, como ha dicho nuestro más alto tribunal, de una aplicación del principio *iura novit curia* y, nada menos, que de la supremacía de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (cfr. CCC 7934/2013/TO3/CFC1 caratulada “Basualdo, Néstor Silvestre s/recurso de casación”, Reg. Nro. 2964/2014.4, rta. el 17/12/2014 del registro de esta Sala IV).

Se presenta plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite la posibilidad de que los jueces ejerzan de oficio el control de constitucionalidad de una disposición normativa y la declaren, de oficio, inconstitucional en casos en los que la norma entra en pugna de modo manifiesto con los derechos establecidos en nuestra Constitución Nacional (M. 102. XXXII. Recurso de hecho en la causa “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa”, resuelta el 27/09/2001).

En el citado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se suleva en contra de aquélla” (Fallos: 33:162, 194) (considerando 11º del voto de Boggiano en “Mill de Pereyra”, cit.).

En igual sentido, en la causa CCC 40148/2007/TO1/1/CFC1, caratulada “Barreri, Maximiliano Carlos s/recurso de casación”, Registro nro.: 1156/15, rta. 30/06/2015 del registro de la Sala IV, sostuvo que “recordemos que los jueces debemos realizar un ‘control de convencionalidad’ entre el derecho interno y las normas de los tratados a fin de velar para que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. (Cfr. CIDH “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006 y “Trabajadores Cesados del Congreso —Aguado Alfaro y otros— vs. Perú”, sentencia del 24 de noviembre de 2006; CSJN “Mazzeo” Fallos: 330: 3248 y “Videla” Fallos: 327:3117”).

En el caso la aplicación del artículo 185 del Código Penal no supera el test de convencionalidad, porque atenta contra la posibilidad de investigar y sancionar hechos calificados como violencia de género a cuya erradicación el Estado se comprometió.

V. Los fundamentos de política criminal que motivaron la inclusión del artículo 185 del Código Penal no resultan aplicables a los casos de violencia de género:

Finalmente cabe repasar los fundamentos utilizados por la Cámara en orden a aplicar la cláusula del artículo 185.

La Cámara, con cita en el Código Penal comentado de Baigún y Zaffaroni, sostuvo que el fundamento de la norma en cuestión era “...sustraer la injerencia estatal del ámbito de las relaciones intimistas que cabe suponer se desarrollan dentro de la organización familiar” (cfr. fs. 71). Asimismo, la parte querellante, con cita en Donna, afirmó que tal precepto tenía como fundamento las siguientes teorías: 1) teoría de la salvaguarda del decoro familiar que implicaba que el hecho no llegue a conocimiento público con el consiguiente descrédito para la familia; 2) teoría de la comunidad doméstica de bienes y, 3) teoría de la ausencia de alarma social que sostiene que a través de estos hechos la seguridad general no se ve afectada y todo queda en un ámbito de intimidad que no necesita castigo (cfr. fs. 86/87).

Tales fundamentos, en el contexto cultural y legislativo al que se viene haciendo referencia, lucen anacrónicos y errados, razón por la cual no resultan aplicables a casos como el de autos.

En efecto ya no es posible sostener que la violencia de género intrafamiliar es un supuesto en el cual el Estado no debe inter-

venir. Por el contrario, a partir de las distintas obligaciones asumidas por el Estado, la violencia contra la mujer —en cualquier esfera, pero más aún cuando se trata de violencia doméstica— es una cuestión que escapa a las partes y tiene trascendencia pública, pues el Estado se comprometió a erradicar esa violencia, como pilar fundamental para alcanzar la plena vigencia de los derechos humanos en condiciones de igualdad.

En igual sentido tampoco es dable afirmar que hechos que constituyen violencia de género no causen alarma social. Es de público conocimiento todos los movimientos de la mujer en orden a alcanzar la igualdad de género, lucha que recibió el total apoyo del Estado al ratificar, desde hace varios años, las distintas convenciones anteriormente reseñadas y la sanción de la ley 26.485. Cada hecho cometido en contra de una mujer perjudica al conjunto de mujeres que, desde hace varios años, interviene en la esfera pública para que se le reconozcan sus derechos en paridad de condiciones.

Por lo expuesto, los hechos que constituyen violencia contra la mujer, de cualquier tipo (dentro de la cual está incluida la violencia económica), deben salir a la luz, investigarse y sancionarse debidamente para evitar su repetición y lograr el cambio paradigmático al que aspira la sociedad y lo ratificó el Estado en la buena compañía de la Comunidad Internacional.

V. Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante (fs. 79/87); declarar la inconstitucionalidad de oficio del artículo 185, inciso 1º, del Código Penal y, en consecuencia; anular la resolución que viene recurrida (fs. 68/71) y estar al procesamiento dispuesto a fs. 1/13. Sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN).

El doctor *Borinsky* dijo:

I. En primer término, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto en autos resulta formalmente admisible, toda vez que la resolución impugnada —sobreseimiento— encuadra dentro de las previstas por el art. 457 del C.P.P.N., la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 460 en función del art. 58 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del ritual y han sido cumplidos los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del mismo cuerpo legal.

Por lo demás, en orden a los antecedentes relevantes del presente caso, corresponde estar a la reseña efectuada en el acápite II de la ponencia que antecede.

II. En relación con el fondo, la cuestión a dilucidar radica en determinar si la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 185, inc. 1º, del C.P., luce o no ajustada a derecho.

En esta labor, conviene recordar que, a fin de fundar su decisión, el colegiado de la instancia previa sostuvo que “...si bien en autos se ha visto comprometida otra calificación jurídica —art. 292 del CP— distinta a la estafa, lo cierto es que aquélla se percibe como un presupuesto para la configuración del ardid requerido por la segunda, de suerte tal que nos encontramos ante una única maniobra abarcada íntegramente por la excusa absolutoria prevista en el art. 185, inc. 1º del CP.

En cuanto a la normativa legal antes señalada —la cual tiene por objeto eximir de responsabilidad a aquellas personas que cometen ciertos delitos contra la propiedad en perjuicio de alguno de sus familiares—

son coincidentes la doctrina y la jurisprudencia, en sostener la siguiente premisa general: el legislador ha preferido, en lugar del castigo de algunos de sus integrantes, preservar el núcleo familiar de estrecha comunidad. Ante la inespecificidad que ello significa, inmediatamente se aclara: se trata de sustraer la injerencia estatal del ámbito de las relaciones intimistas que cabe suponer se desarrollan dentro de la organización familiar (Álvarez, Ricardo Carlos María, "Exención de responsabilidad", en Baigún, D. y Zaffaroni, E. (dir.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo VII, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 893. Asimismo, de esta Sala I, CN<sup>o</sup> 47.947, reg. 1443, del 05/12/2012).

Así las cosas, y dado que a partir de la maniobra pesquisada no se vislumbra de las constancias de la causa que se haya oca-

sionado perjuicio alguno —al menos desde la esfera del Derecho penal— al tercer adquirente de buena fe del rodado (teniendo en cuenta la protección que la ley a él le brinda —ver información surgida del Legajo B ING 237 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios donde consta que la transferencia del rodado quedó perfeccionada—) y que el daño ocasionado se ha circunscripto únicamente a la entonces cónyuge del imputado, es que habremos de aplicar la excusa absolutoria normada por el art. 185, inc. 1<sup>o</sup> del CP y, en consecuencia, dictar el sobreseimiento de E. Á. R. de conformidad con lo dispuesto en el art. 361 del CPPN.

Ahora bien, sobre la aplicación de la excusa absolutoria en examen ha sido señalado que ella sólo alcanza a quienes cometen alguno de los hurtos (arts. 162 a 163 bis), las

defraudaciones (arts. 172 a 175) o los daños (arts. 183 y 184), pues la enunciación de los casos comprendidos en el art. 185, inc. 1<sup>o</sup>, del C.P. es taxativa y no incluye a los "Delitos contra la fe pública" (cfr. en lo pertinente, C.F.C.P., Sala IV, causa nro. 8092, caratula "Franzone, Carlos Roberto s/recurso de casación", reg. nro. 11.159, rta. el 18/12/2008 con una integración parcialmente distinta a la actual).

Establecido ello, la hipótesis imputativa delimitada en autos (estafa en concurso ideal con el delito de falsificación de documento público atribuido en calidad de autor, C.P. arts. 45, 54, 172 y 292) permite advertir la existencia de una unidad de acción realizadora de dos tipos penales distintos, que no se excluyen entre sí y que tutelan diferentes bienes jurídicos: por un lado, el delito de estafa que tutela el bien jurídico "propiedad" y, por el otro, el delito de falsificación de documento público que tutela el bien jurídico "fe pública".

En tales condiciones, aun cuando la falsificación del documento público sea concebida como un presupuesto para la configuración del ardid requerido por la estafa —tal como sostiene el *a quo*—, resulta incontrovertido que la acción imputada ha afectado el bien jurídico "fe pública" y, en este aspecto, dicho accionar no se encuentra abarcado por la excusa absolutoria bajo examen, conforme los lineamientos expuestos precedentemente.

Por tal razón, entiendo que el temperamento liberatorio adoptado por el *a quo* no deriva de una correcta aplicación de la normativa vigente, lo que acarrea su descalificación como acto jurisdiccional válido.

III. Con este alcance, propicio al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querrela a fs. 79/87, anular la resolución obrante a fs. 68/71 y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, para que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con las pautas aquí establecidas. Sin costas en la instancia (C.P.N., arts. 471, 530 y 531).

La doctora *Figuroa* dijo:

1<sup>o</sup>) Que comparto en lo sustancial los fundamentos y la solución expuesta por el juez que votó en segundo término.

2<sup>o</sup>) Sin perjuicio de ello considero necesario señalar en el punto que, más allá de mi opinión personal respecto a la previsión

del artículo 185 inc. 1 del CP, corresponde al Poder Legislativo la atribución de fijar la política criminal, establecer los tipos penales reprochables o no y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342), así como las excusas absolutorias.

Además, la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973), siendo la fuente que determina esa voluntad la letra de la ley (Fallos: 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador, sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos: 300:700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos: 295:376).

En consecuencia, toda vez que R. viene imputado por los delitos de estafa en concurso ideal con el de falsificación de documento público, siendo la damnificada por la estafa su cónyuge, y conforme el artículo 185 CP exime de responsabilidad criminal por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren, en este caso los cónyuges —inc. 1<sup>o</sup>—, entiendo que tal previsión no puede alcanzarse al tipo del art. 292, que está destinado a proteger la fe pública.

Por ello, respetando la primera regla de interpretación de la ley, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querrelante a fs. 79/87, anular la decisión de fs. 68/71 vta. y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con las pautas establecidas. Sin costas.

Tal es mi voto.

Por ello, en orden al acuerdo que antecede, el Tribunal, resuelve: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querrela a fs. 79/87; anular la decisión de fs. 68/71 vta. y, por mayoría; remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con las pautas aquí establecidas. Sin costas en la instancia (arts. 471, 530 y 531 del CPPN). Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN "LEX 100") y remítase al Tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de envío. — Ana M. Figuroa. — Mariano H. Borinsky. — Gustavo M. Hornos.

Información confiable que avala sus argumentos

▶ LANZAMIENTO

## DERECHO PROCESAL CIVIL

4ta. edición

Lino Enrique Palacio

Actualizador: Carlos E. Camps



La obra más importante sobre la materia, actualizada según el nuevo escenario Civil y Comercial

- Brinda el tradicional análisis del autor sobre los temas tratados.
- Incluye contenidos actualizados en virtud del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a nuevos institutos, jurisprudencia y legislación.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

ABELEDOPERROT

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam •  +LaleyArgentina

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N<sup>o</sup> 8, Secretaría N<sup>o</sup> 16, sito en Libertad 731, 7<sup>o</sup> piso de Capital Federal, hace saber que MAMADOU FOINKE nacido en Conakry, Guinea el 8 de febrero de 1994 con Pasaporte R0282558 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 23 de febrero de 2017  
Silvina A. Bracamonte, sec.  
LA LEY: I. 16/05/17 V. 16/05/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N<sup>o</sup> 69, Secretaría Única, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, Planta Baja de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JOSÉ COHEN, a efectos de hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el diario LaLey.

Buenos Aires, 18 de abril de 2017  
María Laura Prada Errecart, sec. int.  
LA LEY: I. 15/05/17 V. 17/05/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N<sup>o</sup> 13 a cargo del Dr. Fernando J. Perillo, Secretaría N<sup>o</sup> 25 a mi cargo, sito en Marcelo T. de Alvear 1840, piso 4<sup>o</sup> de CABA, comunica por cinco días

en los autos "ALISON ARGENTINA S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO", 18 de abril de 2017 se decretó la apertura del concurso preventivo de ALISON ARGENTINA S.A. CUIT 33-70843712-9. Se hace saber a los interesados que el síndico designado en las presentes actuaciones es el contador Pablo Eduardo Arienti con domicilio en la calle Cuba 4710, CABA, domicilio éste al que deberán concurrir los acreedores a insinuar sus créditos hasta el día 16/06/2017; señalándose audiencia informativa para el día 04/04/2018 a las 10.00 hs. en el Tribunal. Publíquese por 5 días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 8 de mayo de 2017  
Sebastián Julio Marturano, sec.  
LA LEY: I. 12/05/17 V. 18/05/17