



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

El culturalismo y el multiculturalismo en la Corte Europea de Derechos Humanos: ¿qué nos depara el caso "Lautsi"?

por LEOPOLDO M. A. GODIO^(*)

"No comparto tu opinión, pero daría mi vida por defender tu derecho a expresarla".
(FRANCOIS-MARIE AROUET, 1694-1778, ensayista y filósofo francés)(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LOS HECHOS Y EL DERECHO DEBATIDO. – III. LA SENTENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. – IV. REFLEXIONES FINALES. – BIBLIOGRAFÍA.

I Introducción

La propuesta del presente trabajo es realizar un breve análisis del fenómeno del culturalismo y el multiculturalismo a la luz del *leading case* "Lautsi", decidido por la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 18-3-11, que modificó un fallo unánime de la sala anterior que había determinado la violación, por parte de autoridades italianas, al derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión⁽¹⁾.

Este caso, como otros similares en los últimos años⁽²⁾, se inserta en el debate de la libertad de creencias que, si

se quiere, encuentra su fundamento en el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que dispone: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Sin embargo, los Estados diseñan su estructura a partir de su contrato social, estableciendo en sus Constituciones disposiciones en materia religiosa que, tal como clasifica RUSSO, pueden presentarse en diferentes sistemas: a) religión oficial, que de algún modo limita la actuación pública de otras, como es el caso de España; b) religión protegida, que sin ser oficial recibe un trato especial, tal como es el caso argentino⁽³⁾; c) neutralidad religiosa, que no concede trato diferencial a ninguna religión, aplicada por Alemania-Weimar, y d) la prescindencia religiosa absoluta, que impide toda regulación y presenta, de ejemplo, a los Estados Unidos⁽⁴⁾.

En el primer grupo de Constituciones se encuentra, sin dudas, la italiana; sus normas en materia religiosa fueron puestas en tela de juicio, a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el asunto que proponemos.

Para cumplir con nuestro objetivo de analizar el caso "Lautsi", se inicia con una breve síntesis de los hechos, el derecho y la decisión del caso para, luego, realizar algunas consideraciones sustanciales sobre ella que nos permitan formular unas reflexiones que se materialicen en aportes justificados.

II Los hechos y el derecho debatido

La Sra. Soile Lautsi, en su propia representación y en la de sus dos hijos menores, demandó al Estado italiano por la utilización de símbolos religiosos en las aulas escolares. El inicio de la controversia se origina el 22-4-02, durante una reunión del consejo escolar en el *Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltré*, en Abano Terme, estable-

nivel nacional. Cfr. "Linares Bustamante, Jorge M. c. Corte Suprema de Justicia de la República de Perú" (exp. n° 06111-2009-PA/TC), Sentencia del Tribunal Constitucional, Lima Norte, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/06111-2009-AA.html> (consulta el 29-4-16). Asimismo, en nuestro país, en 2012 encontramos el caso "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/amparo", resuelto por la sala III en lo Civil y Comercial de la Provincia de Salta, el 23-2-12.

(3) En la Argentina existe la libertad de cultos, pero no la igualdad de cultos. El art. 2° de la CN dispone que el Gobierno Federal sostiene el Culto Apostólico Romano, entendiendo por "sostener", un sentido económico, tal como lo expresara la Corte Suprema (Fallos: 53:188; 151:403). Cfr. RUSSO, EDUARDO A., *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pág. 98.

(4) Ídem.

cimiento al que concurrían los hijos menores de la demandante y que contaba con un crucifijo en cada aula del establecimiento. En la reunión, el padre de los menores planteó el problema de la presencia de símbolos religiosos en las aulas y solicitó ante las autoridades del instituto, sin éxito, su retirada⁽⁵⁾.

En julio de 2002, la Sra. Lautsi sometió la decisión ante el tribunal administrativo de Véneto, denunciando una violación del principio de laicidad; se basaba para ello en los arts. 3° (principio de igualdad), 19 (libertad religiosa) y 97 (principio de imparcialidad de la Administración pública) de la Constitución italiana, que, en lo pertinente, reconocen:

"Principi Fondamentali

(...) Art. 3: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Parte Prima. Diritti E Doveri Dei Cittadini

Titolo I. Rapporti civili

(...)

Art. 19: Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarla in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.

Titolo III. Il Governo

Sezione II. La Pubblica Amministrazione

Art. 97: Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

Asimismo, se discutió la compatibilidad de la decisión adoptada con el art. 9° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, referido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, por cuanto dispone:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

"2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las

(5) Para un detalle de las posturas particulares de las partes, ver RANIERI DE CECHINI, DÉBORA, *Sentencia Lautsi c. Italia...*, cit., págs. 256/266.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El crucifijo y la reforma del Código Civil a partir del caso "Lautsi"*, por GABRIEL FERNANDO LIMODIO, ED, 242-579; *El respeto a la legítima diversidad. El caso "Lautsi" II*, por NORBERTO PADILLA, ED, 242-584; *Brevísimas apostillas a la sentencia del caso "Lautsi"*. En memoria de Pedro J. Frías, maestro y amigo, estadista y cristiano cabal, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 242-597; *Europa y la Fe*, por BENEDICTO XVI, ED, 222-940; *La Corte Europea y el crucifijo: laicidad bien comprendida en un caso emblemático*, por OCTAVIO LO PRETE, ED, 242-609; *Límite a la inmigración europea en Suiza*, por TERESA DOLORES SILVA, EDCO, 2014-699; *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció dando la razón a la Iglesia en un caso de libertad religiosa*, por MARÍA INÉS FRANCK, ED, 258-1034. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Abogado y Magíster en Relaciones Internacionales UBA. Profesor de derecho internacional público UBA y UCA. Miembro Titular de la AADI. Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho, UBA). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones.

(**) La frase le es atribuida a este pensador, conocido popularmente bajo el seudónimo de "VOLTAIRE", pero en realidad corresponde a su biógrafa, EVELYN BEATRICE HALL (1868-1956), que, a su vez, utilizó el seudónimo Stephen G. Tallentyre. Cfr. BOLLER, PAUL F. (JR.) - GEORGE, JOHN, *They Never Said It: A Book of Fake Quotes, Misquotes, and Misleading Attributions*, New York, Oxford University Press, 1989.

(1) Cfr. RANIERI DE CECHINI, DÉBORA, *Sentencia Lautsi c. Italia de la Corte Europea de Derechos Humanos: un significativo cambio jurisprudencial*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 3, Nº 4, mayo 2011, pág. 256 y sigs. La misma autora señala que los críticos de aquel caso llegaron a afirmar que la Corte, en la sentencia de 2009, intentó obligar a Italia a "americanizarse" teniendo en cuenta aquel modelo rígido de separación entre Iglesia y Estado.

(2) El 7-3-11, la Corte Suprema del Perú rechazó el pedido de retiro de crucifijos de todas las salas judiciales y despachos de magistrados a

CONTENIDO

DOCTRINA

El culturalismo y el multiculturalismo en la Corte Europea de Derechos Humanos: ¿qué nos depara el caso "Lautsi"?, por Leopoldo M. A. Godio.....	1
Aspectos legales del software en la Argentina, por Luciano Trippetta.....	3

JURISPRUDENCIA

COMERCIAL

Bolsas y Mercados: Comisión Nacional de Valores: infracciones administrativas; régimen decreto 677/01; naturaleza; principio de legalidad; aplicación; deber de informar un hecho relevante; art. 5°, inc. a), del Anexo del decreto 677/01; art. 3° del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (año 2001); complementación; principio de legalidad; falta de afectación; art. 7° del Anexo del decreto 677/01; constitucionalidad; multa; justificación; monto; reducción (CNCom., sala D, mayo 10-2016)..	4
---	---

que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás⁽⁶⁾.

La norma anterior se complementa con el art. 2º del Protocolo Adicional, en el que se garantiza el derecho a la educación y se asegura su enseñanza conforme a las convicciones religiosas y filosóficas del individuo, al reconocer que “a nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”⁽⁷⁾.

Paralelamente, el 3 de octubre de ese año, el ministro de Educación, Universidad e Investigación adoptó una directiva autorizando la presencia de crucifijos en las aulas, y el día 30 de ese mismo mes se constituyó como parte en el procedimiento argumentando que la presencia de crucifijos en las aulas se basaba en el art. 118 del Real Decreto 965, del 30-4-1924 (reglamento interno de los establecimientos de enseñanza media) y en el párrafo 19 del art. 119 del Real Decreto 1297, del 26-4-1928 (aprobación del reglamento general de servicios de enseñanza primaria).

El 14-1-04, el tribunal administrativo recurrió ante el Tribunal Constitucional, con fundamento en el principio de laicidad del Estado y de los arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 19 y 20 de la Constitución de Italia; los arts. 159 y 190 del decreto ley 297, del 16-4-94⁽⁸⁾ y en los arts. 118 y 119 de los decretos reales mencionados, así como el art. 676 de dicho decreto ley⁽⁹⁾.

A finales del año 2004, el Tribunal Constitucional declaró la cuestión de inconstitucionalidad como “manifiestamente inadmisibles”, debido al carácter reglamentario de los textos debatidos que, en consecuencia, impedían su “control de constitucionalidad”⁽¹⁰⁾.

En marzo de 2015 el Tribunal Administrativo desestimó el recurso y destacó que “el principio de laicidad del Estado formaba ya parte del patrimonio jurídico europeo y de las democracias occidentales” y consideró, además que “la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos, teniendo en cuenta el significado que habría de dársele, no conculcaba dicho principio... aun cuando no cabe duda de que el crucifijo es un símbolo religioso, se trata de un símbolo del cristianismo en general, más que del cristianismo en exclusiva, de forma que reenvía a otras confesiones... se trata además de un símbolo histórico-cultural, provisto de un ‘valor de identidad’ para el pueblo italiano dado que ‘representa de algún modo el recorrido histórico y cultural característico de (Italia) y en general de toda Europa...’”⁽¹¹⁾.

Posteriormente, la Sra. Lautsi se dirigió al Consejo de Estado italiano, que confirmó la presencia de estos símbolos en las escuelas públicas y su compatibilidad con el principio de laicidad, toda vez que consideró que el crucifijo representaba el origen religioso de valores que caracterizan a la civilización italiana, con independencia de la religión profesada por los alumnos. En otras palabras, se le visualizó como un símbolo de las fuentes de los valores civiles⁽¹²⁾.

III La sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

La Corte circunscribió el estudio del asunto a la compatibilidad normativa en razón de las circunstancias del caso que equivale, en otras palabras, a evitar pronunciarse sobre

(6) Cfr. Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (consulta el 29-4-16).

(7) Ídem.

(8) Relativo a la aprobación de un texto único de las disposiciones legislativas en vigor en materia de enseñanza y relativas a las escuelas.

(9) Los arts. 159 y 190 del decreto ley se refieren a la financiación del mobiliario escolar (a cargo de las comunas), mientras que el art. 119 del decreto 1928 dispone la inclusión del crucifijo en la respectiva lista.

(10) Para un análisis detallado de los argumentos italianos, ver RANIERI DE CECHINI, DÉBORA, *Notable reacción europea ante otro intento laicista. El crucifijo en las escuelas italianas y la Corte de Estrasburgo (a propósito de la sentencia “Lautsi c. Italy”)*, Prudentia Iuris, Nros. 68/69, págs. 247/279.

(11) European Court of Human Rights, *Case of Lautsi and others v. Italy (Application n° 30814/06)*, Judgment, 18-3-11, págs. 4/5, párr. 15.

(12) Ídem, págs. 7/9, párr. 16.

la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas y su compatibilidad respecto de los principios laicos a la luz del derecho italiano⁽¹³⁾.

En ese sentido, destacó que las normas en disputa de la Convención y su Protocolo no impiden otras opiniones ni el respeto de estas, pues no son incompatibles con la dignidad de la persona ni atentan contra el derecho fundamental de los niños a la enseñanza. En otras palabras, se trata de un juego armónico de libertad ideológica, conciencia y religión, incluyendo el no pertenecer a ninguna de estas e impone, en cabeza de los Estados, la responsabilidad de velar por el deber de neutralidad e imparcialidad para el ejercicio de diversas religiones, cultos y creencias⁽¹⁴⁾.

Al realizar un análisis del art. 2º del Protocolo, la Corte sostuvo que aquel no impide, en particular, expandir conocimientos e información mediante la enseñanza sin importar que presenten un carácter religioso o filosófico. Asimismo, la Corte señaló los límites que el Estado no puede sobrepasar, garantizando, como contracara de la misma medalla: “la posibilidad de un pluralismo educativo... en cumplimiento de sus funciones en materia de educación y enseñanza, cuide que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa se difundan de manera objetiva, crítica y pluralista, permitiendo que los alumnos desarrollen un sentido crítico principalmente respecto al fenómeno religioso en una atmósfera serena preservada de todo proselitismo. Le prohíbe perseguir un objetivo de adoctrinamiento que podría considerarse no respetuoso de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres”⁽¹⁵⁾.

Continúa el tribunal el análisis de la norma a la luz de los hechos del caso, afirmando que la presencia de crucifijos en los establecimientos escolares públicos constituyen funciones estatales en el ámbito educativo, lo que torna aplicable el art. 2º del Protocolo referido y requiere discernir entre el derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos, de acuerdo con sus convicciones religiosas y la obligación del Estado en respetar aquello. En ese sentido, destaca la Corte que el crucifijo es un símbolo religioso y que el Gobierno italiano no lo discutió⁽¹⁶⁾, aunque el tribunal reconoció, más adelante, que “el crucifijo colgado en una pared es un símbolo esencialmente pasivo y este aspecto tiene importancia para el Tribunal, a la vista, en particular del principio de neutralidad”⁽¹⁷⁾.

A pesar de que el Tribunal comprendió la expectativa de la demandante como razonable, lo cierto es que manifestó no contar con elementos que demostraran la influencia del crucifijo sobre los alumnos, ya que resulta imposible afirmar la existencia de un efecto en los niños cuyas convicciones están todavía por formarse, por lo que no podría condenarse al Estado de Italia respecto del art. 2º del Protocolo⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, lo más interesante fue que la Corte rescató la apreciación italiana de una presencia de crucifijos en escuelas públicas como parte de la evolución histórico-cultural de Italia, de su identidad como nación que considera importante perpetuar. En ese sentido, el Tribunal sostuvo: “La decisión de perpetuar o no una tradición en principio se halla dentro del margen de apreciación del Estado demandado”, apreciación que cuenta con un margen “cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que asumen en materia de educación y enseñanza y el derecho de los padres de garantizar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas... [incluyendo] tanto el acondicionamiento del entorno escolar como la definición y elaboración de los programas... No se le puede atribuir una influencia sobre los alumnos comparable a la que puede tener un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas”⁽¹⁹⁾.

En otras palabras, el tribunal decidió respetar la elección del Estado demandado en materia religiosa, siempre que ese accionar no constituya una forma de adoctrinamiento. En ese sentido, destacaron que el Gobierno de Italia admitía, en el espacio del establecimiento escolar

(13) Ídem, pág. 25, párr. 57.

(14) Ídem, págs. 25/26, párrs. 58-60.

(15) Ídem, págs. 26/27, párrs. 61-62.

(16) Ídem, págs. 27/28, párrs. 65-66.

(17) Ídem, pág. 29, párr. 72.

(18) Ídem.

(19) Ídem, págs. 28/29, párrs. 68-69. Sobre la doctrina del “margen de apreciación estatal” se sugiere BENEVIDES CASALS, MARÍA A., *El consenso y el margen de apreciación de la protección de los derechos humanos*, Chile, Ius et Praxis, Universidad de Talca, 2009, vol. 15, N° 1, págs. 295/310, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx> (consulta el 29-4-16).

y según sus dichos, el desarrollo de acciones propias de otras religiones, por ejemplo: al no prohibir que alumnos lleven el velo islámico y otros símbolos y vestimentas con connotación religiosa, dispuso estrategias de conciliación de la escolarización y la realización de prácticas religiosas no mayoritarias, respeta el comienzo y el fin del Ramadán y dispuso una enseñanza religiosa facultativa para “todas las confesiones religiosas reconocidas”⁽²⁰⁾.

Lo anterior tiene fundamento, además, por la ausencia de daño a la demandante y sus hijos, ya que no presentaron situaciones de confrontaciones con profesores en el ejercicio de sus funciones, ni la presencia de acciones tendenciosas, lo que se traduce, en otras palabras, en que los derechos de la progenitora no se encontraron afectados, ya que ella conservó, en palabras del Tribunal, el derecho “de esclarecer y aconsejar a sus hijos, de ejercer con ellos sus funciones naturales de educadora y de orientarlos en una dirección, conforme a sus propias convicciones filosóficas”⁽²¹⁾.

IV Reflexiones finales

La libertad de las creencias, como ingrediente subjetivo de la libertad, reconoce una paradoja: personas que actúan distinto y pertenecen a distintos credos e ideologías políticas reciben un trato igualitario y justo cuya aplicación, en la práctica, es identificada por Russo al expresar: “Respetar cuando no se comparte una creencia es (...) algo más fácil de decir que de hacer”⁽²²⁾.

A pesar de la ausencia de toda prohibición al desarrollo de religiones distintas del cristianismo, más allá del apostólico católico romano y, por ende, la falta de hechos o situaciones que habilitaran una interpretación más profunda por parte de la Corte, lo cierto es que la sentencia puede ser vista como una solución “política” ideal para una sociedad como la italiana, que presenta una fuerte inmigración desde el sur y el este del mar Mediterráneo.

Interpreto que es “política” en el sentido de que permite, en un futuro, apartarse fácilmente de sus argumentos para, en un hipotético caso ocurrido en otro Estado, no tener que realizar un esfuerzo adicional a la luz de la doctrina del precedente judicial que, si bien no se presenta en los tribunales internacionales, es sistemáticamente citado por las partes litigantes.

Por otra parte, se observa que el derecho a la libertad religiosa no solo presenta una faz pasiva, caracterizada por un respeto de las fechas, la vestimenta y el evitar interferir con quienes profesan un sentir distinto, sino también activa, al informar sobre las distintas corrientes religiosas, impedir todo tipo de favoritismo y adoctrinamiento. Dentro del margen de apreciación dado a los Estados, no se puede considerar la presencia de los crucifijos como una restricción de ese derecho.

Finalmente, pareciera que la laicidad en Estados con identidad histórica y cultural vinculada al catolicismo admite un rol neutral imperfecto, siempre que no se compruebe un daño real y no vulnere las protecciones del sistema, en el caso, europeo de derechos humanos. En otras palabras, la lectura de las normas constitucionales italianas se debe realizar a la luz de las tradiciones locales.

Teniendo en consideración la importancia que tiene la educación de los niños, no hay dudas de que la libertad que poseen para su desarrollo y, en particular, la futura elección de sus creencias, deben ser protegidas de toda discriminación. Si bien el Estado posee ámbitos de acción, su límite no puede generar una renuncia a los derechos religiosos ni a las creencias de sus ciudadanos.

Bibliografía

BENEVIDES CASALS, MARÍA A., *El consenso y el margen de apreciación de la protección de los derechos humanos*, Chile, Universidad de Talca, 2009, Ius et Praxis, vol. 15, N° 1.

BOLLER, PAUL F. (JR.) - GEORGE, JOHN, *They Never Said It: A Book of Fake Quotes, Misquotes, and Misleading Attributions*, New York, Oxford University Press, 1989.

CAMINOS, HUGO, *La Convención Europea para la salvaguardia y protección de los derechos humanos. Resulta-*

(20) European Court of Human Rights, *Case of Lautsi...*, cit., págs. 29/30, párrs. 71/74.

(21) Ídem, pág. 30, párr. 75.

(22) Cfr. RUSSO, EDUARDO A., *Derechos humanos...*, cit., pág. 97.

do de una experiencia internacional, Buenos Aires, Instituto de Publicaciones Navales, 1970.

GELLI, MARÍA A., *Espacio público y religión en la Constitución Argentina. Laicismo y laicidad en una sociedad plural*, LL, 2005-F-1397.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA S. - PULVIRENTI, ORLANDO, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Buenos Aires, Errepar, 2012.

OETHEIMER, MARIO - CANO PALOMARES, GUILLEM, *European Court of Human Rights (ECtHR)*, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rüdiger Wolfrum (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2012, disponible en <http://www.mpepil.com>, consulta el 18-4-16.

PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, 3ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

RANIERI DE CECHINI, DÉBORA, *Sentencia Lautsi c. Italia de la Corte Europea de Derechos Humanos: un sig-*

nificativo cambio jurisprudencial, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, N° 4, mayo 2011.

– *Sobre una decisión judicial contra la educación católica en las escuelas públicas de Salta: una medida contradictoria*, ED, 247-72.

– *Notable reacción europea ante otro intento laicista. El crucifijo en las escuelas italianas y la Corte de Estrasburgo (a propósito de la sentencia “Lautsi c. Italy”)*, *Prudentia Iuris*, Nros. 68-69.

RUSSO, EDUARDO A., *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

VOCES: IGLESIA CATÓLICA - CULTO - CULTURA - EDUCACIÓN - DERECHO COMPARADO - DERECHO INTERNACIONAL - DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Aspectos legales del software en la Argentina

por LUCIANO TRIPPETTA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. ASPECTOS LEGALES DEL SOFTWARE LIBRE. – 3. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE SOFTWARE COMERCIAL VS. SOFTWARE LIBRE. – 4. CONCLUSIONES.

1 Introducción

Al momento de realizar una pericia informática se requiere de herramientas: equipos y programas de punta para registrar, analizar y determinar la realidad de los hechos. No es novedad que en el estilo de vida actual de las personas, la tecnología y, principalmente, los programas informáticos juegan un rol cada vez más central.

Es por ello que los instrumentos de los que se vale el perito informático al momento de desarrollar la pericia deben estar actualizados. A su vez, es necesario tomarse el trabajo de analizar cuál es el *hardware* y *software* más adecuado para la época. Un mínimo atraso podría significar el cierre de una causa en la que esté en juego el interés público.

Necesariamente, hay que describir pormenorizadamente el escenario actual, es decir, la sociedad de la información, en la que conviven el Estado, la sociedad civil y el mercado. Este último marca las reglas al poseer los últimos avances tecnológicos por la feroz competencia entre las empresas que lo llevan a conseguir siempre la última invención para vender. La sociedad civil consume la tecnología y el Estado, que gobierna a ambos, va detrás de los cambios. Se asocia al mercado para aceptar innovaciones. Es por ello que el Estado (los tres órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial) está y estará siempre atrasado en materia de actualización informática. Esta tendencia mundial proviene desde hace más de sesenta y tres años.

2 Aspectos legales del software libre

Primeramente hay que definir qué es *software*. Las primeras legislaciones francesas lo destacaban como *logiciel* (componente lógico).

El Grupo de Trabajo de la OMPI, reunido en Canberra, Australia, en 1984 lo definió como expresión (organizada,

estructurada) de un conjunto (secuencia, combinación) de instrucciones (afirmaciones, órdenes) en cualquier lenguaje o anotación (de alto nivel, intermedio o de ensamblaje) en cualquier medio (magnético, óptico, eléctrico, en papel o en cintas, discos, chips, circuitos, ROM).

El famoso caso “Autodesk”, C. Casación 1995, remite a la definición arribada por el grupo de trabajo convocado por la OMPI en Canberra, en 1984. Así como también el Tratado de la OMPI (art. 4º), aprobado por ley 25.140 y Acuerdo TRIP (art. 10, inc. 1º), aprobado por ley 24.425. El art. 17 de la CN, la ley 25.036 (mod. ley 11.723) y el decreto 165/94 siguen la misma línea de definición.

En pocas palabras, el *software* es un conjunto de instrucciones que se le da a una computadora para que ejecute una función y obtenga un resultado determinado.

La separación del *software* respecto del *hardware* requirió tiempo, en el que inicialmente el *software* era un componente más del *hardware* (considerado como una cosa mueble protegido a través de la patente). Gracias al esfuerzo creativo, de inversión, de tiempo y de dinero, se estima que el *software* representa actualmente el 70 % de los gastos consagrados a sistemas informáticos y solo el 30 % corresponde al *hardware*. Nace la posibilidad de que los programas sean utilizados en diferentes máquinas y sean explotados y distribuidos ilimitadamente.

La vulnerabilidad de los programas, al resultar sumamente fácil copiarlos a bajo costo, y los intereses económicos de diversos países en juego, principalmente entre los Estados exportadores de *software* y los que carecen del desarrollo de dicha industria, generaron un intenso debate acerca de su protección jurídica.

El *software* forma parte de lo que constituye la propiedad intelectual por ser un bien intangible, un bien inmateria y no una cosa.

El modificado art. 1º de la ley 11.723 establece: “A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto”. Se entiende por fuente lo legible por el ojo humano. Es el diagrama con la secuencia de instrucciones u órdenes escritas en algún lenguaje de programación (*Cobol*, *Fortram*, *Basic*) y objeto es la conversión del programa en símbolos binarios (0 y 1) solo legible para la máquina.

3 Similitudes y diferencias entre software comercial vs. software libre

Los términos *software* libre y propietario se relacionan con el tipo de licenciamiento (facultad patrimonial), y no con la naturaleza del *software*.

Se llama *software* propietario a aquellas licencias que solo otorgan el uso y la copia de *back up*. No se entrega el código fuente; se contrata por separado el soporte técnico, el mantenimiento y las actualizaciones.

Patrimonialmente existe una explotación del *software*, según la Ley de Propiedad Intelectual 11.723, que en su

FONDO EDITORIAL

Novedades



DANIEL BAUTISTA GUFFANTI

OBLIGACIONES
Sobre los derechos de acreedores y deudores

ISBN 978-987-3790-3-4
675 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

art. 55 bis establece contratos de licencia para su uso o reproducción (*entre otras formas*). Está circunscripto a que, por su naturaleza, se presta la obra: su ejecución en una única unidad central de proceso por vez. Se establece una licencia por cupo o usualmente una licencia propietaria y *back up*, según el art. 9º, modificado por ley 25.036: “Quien haya recibido de los autores de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguarda de los ejemplares originales del mismo”.

Existía una necesidad de introducir una excepción a la facultad autoral exclusiva de reproducción para permitir a los usuarios legítimos de programas de computación obtener una copia de salvaguarda útil para asegurar el funcionamiento del sistema en los supuestos en que el ejemplar recibido se tornaba inservible.

Es así que el *software* libre nace con Richard Stallman, fundador de la Free Software Foundation. El programa *Open Source Initiative* (Linux) fue el precursor. Se debe aclarar que *free* no es sinónimo de gratis (*freeware*, *shareware*). Se refiere a la libertad, no al precio. Es así que se comercializa a través de una Licencia GPL (GNU/Linux). Tiene un Preámbulo, las libertades y el efecto viral. Se entrega el código fuente. Es decir, posee similitud con el *software* comercial, no todos los *software* libres son gratuitos, así como tampoco todos los programas comerciales son pagos. El titular de la licencia posee las llamadas cuatro libertades: de ejecutar (usar) el programa para cualquier propósito; de estudiar y cambiar (modificar) el programa —existe un acceso al código fuente, a diferencia del comercial, que lo resguarda—; de redistribuir copias (copiar) para ayudar al prójimo, y de distribuir versiones modificadas para beneficiar a la comunidad. Posee un efecto viral: si el adquirente modifica el código fuente y quiere distribuir el nuevo *software*, debe hacerlo a nombre del titular de la licencia original. Lo mismo si quiere distribuir el *software*, debe hacerlo a nombre del titular. Aunque este último renuncia a la exclusividad de la facultad patrimonial sobre su obra derivada.

La Argentina y el Brasil tienen posición tomada en la OMPI (26-8-04): “Es necesario tener en cuenta los modelos de acceso abierto para la promoción de la innovación y la creatividad. La OMPI debería considerar los proyectos de colaboración abierta como los programas informáticos de código abierto y las Creative Commons”.

Muchas veces se establece la llamada licencia *escrow*, en algunos casos se deposita el código fuente en un tercero imparcial para que, ocurrido determinado evento pactado en la licencia, el tercero le entregue el código al usuario⁽¹⁾.

El *software* comercial se encuentra desarrollado y mantenido por una empresa y cuyo código fuente se encuentra amparado bajo el derecho de propiedad intelectual y derecho de autor (ley 11.723, Tratado de Derecho de Autor-OMPI, ley 25.140).

Los principales beneficios de registrar el *software* es que posee seguridad: lo que ingresa en la DNDA adquiere, mediante el acto administrativo que significa su admisión, certeza de su existencia en determinada fecha, en lo que hace a su autor y contenido. Si se trata de un contrato, cer-

(1) Dra. TOSCANO, SILVIA, *Protección del software, aspectos legales de la innovación tecnológica*, Universidad Argentina de la Empresa.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La obra de “software” está amparada en la ley de propiedad intelectual N° 11.723*, por INÉS B. LANGENAUER, ED, 176-415; *El software, ¿obra protegida?*, por MIGUEL ÁNGEL EMERY y MARCELO GARCÍA SELLART, ED, 176-241; *Aplicación de los tratados y convenios internacionales a los derechos de propiedad intelectual. Marcas, fonogramas, software*, por MIGUEL ÁNGEL EMERY, ED, 177-601; *La patentabilidad del software llamado “Método de Negocio” (Business Method) en los Estados Unidos*, por JORGE D. PÉREZ GRANDI, ED, 189-740; *Contratos informáticos. Provisión de software. Obligación de resultado. Importancia de la etapa precontractual y del deber de información*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 229-452; *Contratos de software y consultoría profesional en la República Argentina. Redacción, análisis e implicancias legales*, por FEDERICO FRACHIA SABARÍS, ED, 261-570; *El uso de software abierto para el análisis de la evidencia digital*, por PABLO A. PALAZZI y GUSTAVO PRESMAN, ED, diario n° 13.932 del 11-4-16. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

teza de la fecha, contenido y partes contratantes. En cuanto al elemento de comparación: el registro en la DNDA sirve de elemento de comparación en supuestos de plagio y piratería. En esos supuestos, la obra es remitida al Poder Judicial para su valoración.

Existen formas de protección del *software*; se establece a nivel internacional, la directiva 96/9 CE, cláusulas contractuales o términos y condiciones de uso, y tecnológicas (Digital Right Management, formato PDF, *watermarking*).

En la jurisprudencia nacional no existe tratamiento alguno con respecto a la diferenciación del *software* libre o comercial, pero internacionalmente sí. Es así que en el fallo “Sony v. Universal Studios” (caso “Betamax”) de 1984 se estableció que no se puede prohibir una tecnología cuando existen usos legítimos y no puede culpársele a una empresa por el uso que los usuarios hagan de ella. Aunque en el fallo “MGM v. Grokster” (2005) se subrayó que no se puede promover el uso de una tecnología para infringir el *copyright*.

Cabe precisar que el *software* forense es únicamente un instrumento. El éxito de su accionar dependerá de la formación del profesional que lo utiliza. Es decir, la posibilidad de manipular los programas al máximo, brindando la mayor utilidad posible, depende más de la educación y capacidad de los informáticos intervinientes en el trabajo que se realizará.

Por ello, resulta necesario conocer o tener mero acceso al código fuente de una herramienta forense para saber qué hace esta, de la misma forma que no es necesario ser experto en mecánica ni realizar el desguace de un vehículo para conducirlo⁽²⁾.

Existen mínimas ventajas en cuanto a que el *software* comercial permite una actualización constante, ya que una mayor cantidad de investigadores profesionales trabajan para el mejoramiento constante del código fuente, mientras que, usualmente, el código fuente en el *software* libre no es actualizado con el vértigo que se requiere en la actualidad. Es decir que existe un déficit en cuanto a la renovación de los programas de *software* libre.

No obstante, hay que aclarar que las principales empresas de *software* comercial lanzan sus versiones de programas primero en *software* libre, para obtener información del mercado y apropiarse de las reformas incorporadas por los usuarios alrededor del globo. Mientras que en una segunda etapa, una vez apropiados estos avances, realizan lanzamiento del *software* comercial con los mejoramientos de los usuarios ya introducidos.

El *software* libre de celulares es inexistente, por lo que es imposible realizarlo mediante este tipo de lógica.

Hay que destacar que la Administración pública, por medio de la Dirección de Estandarización Tecnológica (DET), brinda a los organismos instrumentos que les permitan avanzar en los procesos y la racionalización de las diversas tecnologías informáticas. Emite opiniones técnicas de competencia sobre los proyectos que se inician en el ámbito de la Administración previo al inicio de toda contratación a través de un Dictamen Técnico. A su vez, asesora a todos los proyectos tecnológicos de los organismos de la APN.

Por último, elabora los estándares tecnológicos para la Administración; en la mayoría de estos actos administrativos la proporción de vigencia del *software* comercial en la Administración por sobre el *software* libre es de ocho a uno. Es así que la Jefatura de Gabinete de Ministros, Secretaría de Gabinete, Subsecretaría de Tecnologías de Gestión en recurrentes disposiciones marca que se debe usar prioritariamente *software* y *hardware* comerciales determinados.

Se valora la seguridad, fiabilidad del *software*, aunque irroguen gastos fijos desorbitantes en actualización.

En la práctica muy pocos organismos y peritos utilizan el *software* libre oficialmente con asiduidad.

Ningún Código Procesal nacional contiene norma alguna que prohíba o haga obligatorio el uso del *software* libre como herramienta forense. Tampoco hay normativa que obligue al experto informático a usar un tipo de *software* específico.

Es rutinario que en los Estados Unidos se utilice *software* comercial para precisar y agilizar test de ADN de los sospechosos de crímenes y así determinar en tiempo real

a qué persona corresponde el ADN recogido. Este mecanismo ha llevado a que se impugnen dichas pericias por considerar que el no revelamiento del código fuente de esos programas aparejaba una violación a la debida defensa en juicio por no poder cotejar dichas cadenas de ADN mediante otros programas⁽³⁾.

Razonablemente, la corriente jurisprudencial estadounidense le está dando la espalda a dichos planteos, y solo posibilita el análisis mediante otros programas (con código fuente abierto o sin él) cuando se considere que ha existido un error grave o manifiesto a la hora de examinar o corroborar la prueba⁽⁴⁾. De otra forma se caería en un retardo innecesario al realizar un nuevo peritaje de cada una de las pericias impugnadas, lo que violaría así, el principio de economía procesal.

4 Conclusiones

Se hace necesario recalcar que la fe de una determinada pericia depende en alto grado de nuestra cultura frente a la verdad. De allí que el deber jurídico de decir la verdad en juicio y, en general, en o fuera de juicio, es tema que toca muy de cerca el derecho de defensa y los conceptos del principio dispositivo y derecho subjetivo.

Más allá de que las pericias estén desactualizadas, los jueces no sean nativos digitales, y no se cuente con suficientes recursos, no se puede ir contra las costumbres y la tecnología imperante en la actualidad. Es por ello que hay que aceptar las dos formas de *software*, ya que no existen diferencias considerables al momento de utilizarlas como instrumentos en las pericias.

Aunque existe un apetito social de creación de leyes que se adapten a la realidad actual y hasta contemplen el futuro, más importante que ello es su posterior aplicación y un criterio unificado en el Poder Judicial en el que, a la hora de realizar una pericia, se acepte en plano de igualdad tanto el *software* libre como el *software* comercial.

VOCES: INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - PROPIEDAD INTELECTUAL

(3) Visitar: <http://www.cybgem.com/systems/casework.shtml>, consultado el 18-4-16.

(4) Visitar: http://www.cybgem.com/information/newsroom/2016/feb/Michael_Robinsin_Opinion.pdf.

JURISPRUDENCIA

Bolsas y Mercados:

Comisión Nacional de Valores: infracciones administrativas; régimen decreto 677/01; naturaleza; principio de legalidad; aplicación; deber de informar un hecho relevante; art. 5°, inc. a), del Anexo del decreto 677/01; art. 3° del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (año 2001); complementación; principio de legalidad; falta de afectación; art. 7° del Anexo del decreto 677/01; constitucionalidad; multa; justificación; monto; reducción.

1 – El régimen del decreto 677/01 no es de derecho penal sino de naturaleza administrativa, pues no está involucrado un tipo penal sino uno infraccional, propio del derecho administrativo, y el ejercicio de la potestad sancionadora no es criminal sino disciplinaria, por lo cual los principios y las reglas del derecho penal, aunque no resulten completamente excluidos, no pueden, sin embargo, ser aplicados indiscriminadamente al juzgamiento de las infracciones administrativas sancionadas por la Comisión Nacional de Valores.

2 – Aunque algunos principios propios del derecho penal pueden no ser trasladados al juzgamiento de las infracciones administrativas sancionadas por la Comisión Nacional de Valores, otros en cambio deben ser necesariamente atendidos, sin poder ser eludidos, negados o desconocidos, entre ellos, desde ya, el de legalidad.

3 – En materia de infracciones administrativas sancionadas por la Comisión Nacional de Valores, elementales principios

constitucionales vedan la previsión de conductas mediante fórmulas extremadamente vagas o que por su laxitud impidan a los individuos conocer con antelación mediante pautas inequívocas cuáles conductas están permitidas y cuáles prohibidas, pues el art. 18 de la CN exige indisolublemente la doble precisión por ley de los hechos punibles y las penas aplicables, y tal requisito no se satisface con la existencia de una norma “general” previa.

4 – Si bien es cierto que el art. 5°, inc. a), del Anexo del decreto 677/01 no brindaría fundamento adecuado, por sí solo, para sostener la sanción administrativa que le aplicó la Comisión Nacional de Valores a los quejosos por haber omitido información relevante, habida cuenta de que dicho precepto, al imponer un deber genérico de notoria vaguedad normativa, afectaría el principio de legalidad, que requiere la descripción de los hechos que definen cada contravención y que garantiza en caso de silencio normativo un ámbito de libertad del sujeto, no lo es menos que la fórmula extremadamente vaga o laxa del deber de información impuesto por el citado artículo deja de ser tal cuando se la concreta con las distintas hipótesis de hechos relevantes especialmente detalladas en el art. 3° del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (año 2001), pues esa enumeración de hechos particulares y específicos, ciertamente, complementa la descripción de la conducta genéricamente impuesta por el art. 5°, inc. a), del decreto 677/01 y, por consiguiente, define adecuadamente el tipo infraccional en juego, que representa, desde la perspectiva del régimen de las llamadas leyes penales en blanco, una satisfacción del principio de legalidad del derecho administrativo sancionador.

5 – Puesto que, a los efectos de fundar la sanción que impuso a los apelantes por haber omitido comunicar un hecho relevante, el organismo de control no hizo una aplicación exclusiva y excluyente del art. 5°, inc. a), del Anexo al decreto 677/01 (que hubiera tenido por consecuencia una clara afectación del principio de legalidad), sino que encuadró el caso con fundamento concurrente o complementario en lo previsto por el art. 3°, inc. 4°, del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), que detalla como un “hecho relevante” que debe ser informada cualquier “decisión sobre inversiones extraordinarias y celebración de operaciones financieras o comerciales de magnitud...”, cabe concluir que, en la especie, el principio de legalidad no ha sido violentado.

6 – La carga informativa prevista en el art. 5°, inc. a), del Anexo al decreto 677/01 existe siempre que esté presente una sustancial probabilidad de que la divulgación del hecho omitido hubiera sido considerada por un inversor razonable como si hubiera alterado de forma significativa el conjunto total de información disponible. En efecto, el espíritu del mencionado decreto es lograr un régimen transparente de la oferta pública, por lo que la provisión de información al público es esencial para fortalecer la confianza de los inversores, y para asegurar la plena vigencia de los derechos consagrados por el art. 42 de la CN, lo que instaura un estatuto de los derechos del consumidor financiero enderezado a que los interesados puedan adoptar decisiones fundadas de inversión.

7 – El art. 7° del Anexo del decreto 677/01 no suscita cuestión constitucional alguna a la luz del principio de legalidad, pues es preciso, en cuanto impone a los sujetos en ella mencionados la obligación de guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto la información de los llamados “hechos relevantes” tenga carácter público. No hay indeterminación alguna en su formulación y consagra un principio esencial para quienes intervienen en el mercado de capitales y poseen información considerada relevante: informar al mercado o abstenerse de operar.

8 – El agravio de los recurrentes –referido a que la Comisión Nacional de Valores los sancionó por no dar a conocer la decisión de su directorio por la cual aprobó el otorgamiento de un préstamo a favor de una sociedad vinculada, cuando ellos ya habían anticipado esa información en oportunidad de comunicar a ese organismo de control la realización de un aporte irrevocable de capital a cuenta de futuras suscripciones de acciones de esa sociedad– es inaudible, pues una cosa es un préstamo y otra muy distinta un aporte irrevocable a cuenta de un futuro aumento de capital, por lo cual la comunicación que se refería a aportes irrevocables no fue ni pudo ser publicidad suficiente con relación al préstamo autorizado posteriormente, ya que se trató de diferentes “hechos relevantes” que involucraban actos de distinta naturaleza y

(2) PRESMAN, GUSTAVO - PALAZZI, PABLO A., *El uso de software abierto para el análisis de la evidencia digital*, ED, diario n° 13.932 del 11-4-16.

consideración legal, a los efectos de considerar el incumplimiento al deber resultante del art. 5º, inc. a), del Anexo al decreto 677/01 en conexión con el citado art. 3º, inc. 4º, de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001).

9 – Cabe rechazar la crítica de los recurrentes sancionados –por omisión de informar un hecho relevante–, basada en una supuesta afectación del principio de culpabilidad que, según ellos, no solo es exigencia del derecho penal sino también del derecho administrativo sancionador, pues en el derecho penal la conducta debe ser producida por dolo o culpa y funciona, a su respecto, la teoría del error en sus variedades: error de tipo o error de prohibición; vencible o invencible; pero, en el derecho administrativo sancionador, la infracción administrativa funciona objetivamente por su contradicción con la norma de prohibición y, en consecuencia, la sanción es incompatible con excusas exculpatorias fundadas en el error. Las contravenciones administrativas, en efecto, tienen carácter objetivo, sin tener trascendencia jurídica la culpa o el dolo y, por tanto, excusas de carácter subjetivo referentes a tales factores de atribución.

10 – La crítica de los recurrentes relativa a que se les hubiera aplicado multas en lugar de un apercibimiento y que ello fue el resultado de no haber hecho la autoridad de aplicación un examen de la elección de la sanción a la luz de las pautas previstas en la parte final del art. 10 de la ley 17.811, hoy art. 133 de la ley 26.831, es inaudible, pues la gravedad de las actuaciones enjuiciadas y la trascendencia que para la confianza del público en el sistema financiero tuvieron los hechos enjuiciados justifican plenamente las sanciones impuestas. En el caso, la “elección” de la multa y no de cualquier otra sanción distinta responde: a) a que las infracciones sancionadas ponen en peligro uno de los valores o bienes jurídicos de mayor importancia en el mercado de valores, que es la información y su relación con la confianza del público en el sistema financiero; b) a las específicas circunstancias fácticas que concurren, según lo ha admitido este voto, y c) a la omisión de toda actuación tendente a mitigar el resultado.

11 – Si bien es cierto que la decisión de la Comisión Nacional de Valores de imponer una multa a los recurrentes por omitir información relevante resulta plenamente justificada por la gravedad de las actuaciones enjuiciadas, no lo es menos que no se acreditó un daño de magnitud a la confianza del público en el mercado de capitales, por lo cual, puesto que el pedido de supresión de la sanción de multa lleva implícito el de su reducción, corresponde que esta sea reducida. R.C.

59.160 – CNCom., sala D, mayo 10-2016. – Comisión Nacional de Valores c. Capex S.A. s/denuncia por F., N. D. s/posible uso de información privilegiada s/organismos externos.

En Buenos Aires, a 10 de mayo de 2016, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “Comisión Nacional de Valores c/ Capex S.A. s/ Denuncia por F., N. D. s/ Posible uso de información privilegiada s/ Organismos Externos”, registro n° 8924/2011, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Dieuzeide, Heredia, Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1º) La presente causa fue sorteada al juez Juan José Dieuzeide para que la votara en primer lugar (art. 268 del Código Procesal).

El citado magistrado se acogió a los beneficios de la jubilación el pasado 1º de mayo, sin haber pronunciado su voto.

En esas condiciones, habiéndose producido una situación de vacancia, el suscripto asume el dictado de la primera ponencia de conformidad con lo previsto en el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional.

2º) La Comisión Nacional de Valores, mediante su resolución n° 16.236, ordenó instruir un sumario en orden a la investigación de la posible infracción a diversos preceptos del Anexo del decreto 677/2001 y de la ley 19.550, que involucraban la actuación de directores titulares e integrantes de las correspondientes comisiones fiscalizadoras de

las empresas CAPEX S.A. (en adelante, CAPEX), Compañías Asociadas Petroleras S.A. (en adelante, CAPSA) e Interenergy Argentina S.A. (en adelante, INTERENERGY).

Sustanciado el correspondiente sumario, el organismo de control concluyó en su resolución n° 16.515 que debía tenerse por reconocido y/o probado lo siguiente: I) Que constituyó un “hecho relevante” que, debiendo serlo, no fue informado en la Autopista de la Información Financiera (AIF), el aporte efectuado por CAPSA a favor de INTERENERGY consistente en 260.000 acciones emitidas por CAPEX para ser vendidas por INTERENERGY; II) Que CAPSA e INTERENERGY debieron guardar reserva y abstenerse de negociar en orden a la operación anterior; y III) Que CAPEX debió haber publicado como “hecho relevante” en la AIF la decisión de su directorio por la cual aprobó el otorgamiento de un préstamo por \$6.510.000 a favor de la sociedad vinculada HYCHICO S.A. (en adelante HYCHICO).

Sobre la base de lo anterior, la Comisión Nacional de Valores dispuso en el mismo acto: I) Aplicar a CAPEX, a sus directores y síndicos titulares al momento de los hechos examinados, en forma solidaria, una multa de \$450.000 por infracción a los arts. 5, inc. a, 6 y 8, inc. a, apartados I y V del anexo aprobado por el decreto 677/2001, y con fundamento también, en lo pertinente, en los arts. 2 y 3, inc. 4, de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), y en los arts. 59 y 294, inc. 9, de la ley 19.550; II) Aplicar a CAPSA, a sus directores y síndicos titulares en el momento de los hechos examinados, en forma solidaria, una multa de \$250.000 por infracción al art. 7º del anexo aprobado por decreto 677/2001, y con fundamento, asimismo, en el art. 294, inc. 9º, de la ley 19.550; III) Aplicar a INTERENERGY, a sus directores y síndicos titulares en el momento de los hechos examinados, por infracción al art. 7º del anexo del decreto 677/2001, una multa de \$250.000 en forma solidaria (fs. 3065/3095).

3º) Contra la citada resolución n° 16.515 las empresas, directores y síndicos societarios sancionados presentaron a fs. 3140/3167 el recurso previsto por el art. 14 de la ley 17.811, el que fue concedido por la Comisión Nacional de Valores a fs. 3181, con efecto suspensivo.

El organismo de control resistió el recurso mediante el escrito de fs. 3193/3202.

La entonces fiscal ante la Cámara presentó el dictamen que luce en fs. 3204/3213.

Examinaré los distintos agravios de los apelantes sin respetar el orden asignado en su exposición, sino ciñéndome al que considero más apropiado metodológicamente. Asimismo, toda vez que muchos de tales agravios son presentados como diferentes pero, en realidad, se reiteran a lo largo de sucesivos capítulos, los examinaré de modo conjunto en cuanto sea posible.

4º) El art. 5, inc. a, del Anexo del decreto 677/2001 (actualmente derogado por el art. 154 de la ley 26.831) estableció el deber de informar a la Comisión Nacional de Valores en forma directa, veraz, suficiente y oportuna “... acerca de todo hecho o situación que, por su importancia, sea apto para afectar en forma sustancial la colocación de valores negociables o el curso de su negociación...”, resultando sujetos obligados por esa norma los administradores de las emisoras admitidas en la oferta pública, y los integrantes de los órganos de fiscalización, estos últimos en relación a su competencia. De su lado, en las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001) se reiteró la obligación de informar prevista por el citado art. 5º, y se realizó una enumeración ejemplificativa de diversos hechos con aptitud para ser informados (capítulo XXI, arts. 2 y 3).

Sostienen los apelantes que lo dispuesto por el art. 5, inc. a, del anexo del decreto 677/2001, y por las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), en orden al establecimiento del apuntado deber de informar, infringe el principio de legalidad, pues los llamados “hechos relevantes” carecen de una delimitación precisa y sólo son definidos *ex post* por la autoridad de control de modo discrecional, no teniendo el sujeto obligado una posibilidad real de prever si una omisión informativa lo pondrá o no al alcance de sanciones. En tal sentido, observan que aun las exigencias resultantes de la reglamentación de que los hechos a informar deben ser “... importantes...” y “... aptos para afectar en forma sustancial la colocación de valores negociables o el curso de su negociación...”, dan pábulo a

FONDO EDITORIAL

Novedades



LIMODIO - LAFFERRÈRE
MUÑIZ - NIETO

**Derecho y persona humana
en el Código Civil y Comercial**

ISBN 978-987-3790-24-9
648 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

variada interpretación y que, por tanto, el “... horizonte de lo sancionable podría llegar a límites inimaginables...”, extremo que, entienden, descalifica el tipo infraccional por su oposición a los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional (cap. IV, apartado 1, fs. 3143/3148).

La crítica es reiterada en otros párrafos de la apelación, bien que con otras palabras (cap. IV, apartado 6, fs. 3156 vta./3165).

A mi modo de ver, el agravio merece las siguientes reflexiones y conclusión.

(a) El régimen que los apelantes cuestionan no es de derecho penal, sino de naturaleza administrativa. No está involucrado un tipo penal, sino uno infraccional propio del derecho administrativo, y el ejercicio de la potestad sancionadora no es criminal, sino disciplinaria (esta Sala D, 17/9/2009, “Gustavo A. García y Cía. Soc. de Bolsa, Mildesa Servicios Bursátiles S.A. Soc. de Bolsa, Invescapital Soc. de Bolsa S.A., Río Valores Soc. de Bolsa S.A. s/ investigación operativa”).

Y puesto que se trata de ámbitos distintos, los principios y reglas del derecho penal, aunque no resulten completamente excluidos (CSJN, doctrina del caso “Comisión Nacional de Valores c/ Telefónica Holding Argentina S.A. s/organismos externos”, Fallos 335:1089), no pueden sin embargo ser aplicados indiscriminadamente al juzgamiento de las infracciones administrativas sancionadas por la Comisión Nacional de Valores, teniendo en cuenta las particularidades del bien protegido por la ley específica (Fallos 321:824), lo cual se ve reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, por contraposición con la represiva del derecho penal (CSJN, 24/4/2007, “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/ transferencia de paquete accionario a Nabisco”, Fallos 330:1855, cap. XI del dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remite el Alto Tribunal en su sentencia).

Desde tal perspectiva de no traslación indiscriminada de los principios de derecho penal al régimen de infracciones administrativas de que se trata ha resuelto esta Sala, por ejemplo, que el principio de la culpabilidad propio del derecho penal, no juega en la materia, aspecto sobre el que se volverá en el considerando 8º.

Ahora bien, aunque algunos principios propios del derecho penal pueden no ser trasladados al derecho administrativo penal o sancionador, otros en cambio deben ser necesariamente atendidos, no pudiendo ser eludidos, negados o desconocidos.

Entre ellos está, desde ya, el de legalidad invocado por los apelantes.

En efecto, la función de prevención especial que cumplen normas como las examinadas en autos, deben reunir los mismos recaudos de la ley penal en cuanto al principio de legalidad (conf. Zaffaroni, R., *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 248).

Al respecto, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es muy precisa y clara en el sentido de que una conducta no tipificada no puede dar lugar a una infracción administrativa.

Ha dicho el Alto Tribunal, en efecto, que sin perjuicio de los amplios y discrecionales poderes de la autoridad en orden a sus facultades sancionatorias, es claro que a la luz de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, aquéllos siempre están condicionados al respeto del principio de legalidad. Por tal razón, si

bien el “derecho administrativo penal” puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en relación a determinados aspectos como por ejemplo en lo que hace a la estructura misma de los tipos de infracción –que admite la remisión a normas de menor jerarquía–, así como un modo distinto de graduar las sanciones y ciertas particularidades procesales que serían inadmisibles en un enjuiciamiento penal, jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa. Dicho de otro modo: una cosa es considerar que la previsión no estrictamente penal puede ser más laxa en cuanto a la configuración del aspecto subjetivo de la conducta (dolo o culpa) o en lo relativo a la intensidad de afectación del bien jurídico (daño potencial o real) y otra muy distinta es considerar que la sanción de multa por una infracción no debe condicionarse a que ésta se encuentre prevista como tal en una norma anterior al hecho. Ello es así por cuanto, más allá de esas características propias, no es dudoso el carácter represivo de la norma. Por consiguiente, el carácter de infracción –y no de delito– no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas que se fundan en la necesidad de que exista una ley para que una persona pueda incurrir en la comisión de una falta pasible de sanción. En suma: la discusión acerca de la posibilidad de que en el derecho administrativo pueda penarse una conducta inculpa –responsabilidad objetiva– o sancionarse un comportamiento si sólo se ha acreditado un daño potencial al bien jurídico, presupone la existencia misma de la prohibición legal. Estas cuestiones, en todo caso, conformarían un debate posterior, pues no debe confundirse el respeto al principio de legalidad con la posibilidad de que en el derecho administrativo la ley previa tenga un contenido menos restrictivo que en el derecho penal (allí entraría en debate el principio de reserva) o que pueda penarse a quien no pueda serle reprochable la conducta (estaría así en juego el principio de culpabilidad). Mas, concebir que en el ámbito del derecho administrativo no resulte necesario que la conducta punible deba estar siquiera prevista como infracción, constituye una interpretación inadmisibles (conf. CSJN, 1/11/2011, “Volcoff, Miguel Jorge y otros c/ BCRA - resol. 14/04 - Expte. 65812/98 sum. fin. 981”).

(b) En orden a lo expuesto en el punto anterior conviene observar, asimismo, que en materia de infracciones de la naturaleza examinada en autos, elementales principios constitucionales vedan la previsión de conductas mediante fórmulas extremadamente vagas o que por su laxitud impidan a los individuos conocer con antelación mediante pautas inequívocas cuáles conductas están permitidas y cuáles prohibidas (CSJN, 2/7/1993, “Pfizer SACI s/ ley 11.683”, Fallos 316:1577, voto del juez Petracchi, y su cita de Fallos 308:2236, considerando 7º).

Esto es así, pues el art. 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por ley de los hechos punibles y las penas aplicables (CSJN, Fallos 204:359; 237:636; 254:315; 275:89; 301:395; 304:892; 308:1224), y tal requisito no se satisface con la existencia de una norma “general” previa (CSJN, Fallos 312:1920).

Particularmente, cuando se trata de la responsabilidad administrativa de funcionarios societarios, existe consenso en que la tipicidad o principio del injusto típico como manifestación del principio de legalidad, supone la necesaria determinación de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y las penas o sanciones aplicables. La tipicidad se fundamenta en la propia seguridad jurídica, que implica el derecho de conocer en cada momento las consecuencias desfavorables de los propios actos (conf. Pérez-Ardá Criado, J., *Responsabilidad de consejeros y altos directivos en el ámbito del derecho administrativo sancionador: consideraciones generales*, en la obra “Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital”, Garrigues Abogados, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 141, esp. cap. 2.1. En el mismo sentido: Díez de los Ríos Flores, M., *La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores*, en la obra “Los Mercados Financieros” [dirigida por Campuzano, A., Conlledo Lantero, F. y Palomo Zurdo, R.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 397, esp. p. 414, cap. 2).

(c) A la luz de lo expuesto hasta aquí, tal como lo sostienen los apelantes, el art. 5, inc. a, del anexo del decreto 677/2001 no brindaría fundamento adecuado, por sí sólo, para sostener la sanción administrativa que les aplicó la

Comisión Nacional de Valores, habida cuenta estar afectado el principio de legalidad.

El citado precepto, en rigor, no determina una conducta precisa a seguir, cuya omisión haga prever al sujeto, con suficiente claridad, su exposición a una sanción. Sólo impone un deber genérico, de notoria vaguedad normativa, frente al cual no hay certeza de si una omisión traerá o no consecuencias.

En efecto, al imponer dicho precepto el deber de informar a la Comisión Nacional de Valores “... *todo hecho o situación que, por su importancia, sea apto para afectar en forma sustancial la colocación de valores negociables o el curso de su negociación...*”, se coloca a los sujetos obligados en situación de dar a conocer ciertos casos especiales que “no” se hallan comprendidos o indicados específicamente en la reglamentación a cumplir ordinariamente, recayendo sobre aquellos la interpretación de si un hecho determinante reúne o no esas características, a partir de un razonamiento propio (conf. Vanasco, C., *Sociedad Cotizante. Asamblea de accionistas. Directorio. Propuesta de asignación de resultados. Voto disidente de la controlante. Supuesto de información relevante*, en la obra “Mercado de Capitales - Aspectos Jurídicos y Contables - 1er. Congreso Argentino”, Ucema, Buenos Aires, 2008, p. 487, esp. cap. 3).

Y tal razonamiento propio no es lineal.

Bien se ha observado, que muchas veces no es fácil realizar tal análisis, en parte porque el régimen no ha precisado con claridad qué constituye y qué no “información relevante” (conf. Villegas, M., *Transparencia y gobierno corporativo*, en la obra colectiva dirigida por Cabanellas de las Cuevas, G. y de Reina Tartièrre, G., “Mercado de Capitales”, Buenos Aires, 2009, p. 591, esp. p. 608); y que resulta difícil definir *a priori* con criterios objetivos qué informaciones pueden tener una influencia sensible en la cotización de valores, obligando ello al recurso de criterios subjetivos como el de la razonabilidad (conf. Camerini, M., *La transparencia en el mercado de capitales*, Buenos Aires, 2007, p. 215).

Pero aun el apuntado criterio de la “razonabilidad” que, valga señalarlo, no está presente en la normativa argentina, aunque sí en la española (art. 228, inc. 1, del Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre), no remite sino, en el mejor de los casos, a un concepto jurídico indeterminado de igualmente difícil aprehensión (conf. Bertrán, L. y Ríos Estrella, M., *Las obligaciones de información sobre hechos relevantes y sobre transacciones con personas vinculadas en el proyecto de ley financiera*, en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, n° 3/2002, p. 39, cap. 2.1), y para cuya concreta ponderación habría que recurrir a otro parámetro aparentemente más objetivo como es la afectación “sustancial” referida por el art. 5, inc. a, del anexo del decreto 677/2001.

Así pues, no siendo el presente uno de los supuestos muy excepcionales en los que resultan admisibles fórmulas genéricas para definir la conducta exigible (v. gr., el deber de buena conducta del agente público), corresponde aceptar la existencia en el citado art. 5, inc. a, del anexo del decreto 677/2001, en tanto se lo considere aisladamente, de una clara afectación al principio de tipicidad, corolario obligado del principio de legalidad, que requiere la descripción de los hechos que definen cada contravención y que garantiza, en caso de silencio normativo, un ámbito de libertad del sujeto (conf. Cassagne, J., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 448).

(d) Ahora bien, la fórmula extremadamente vaga o laxa del deber de información impuesto por el art. 5, inc. a, del decreto 677/2001, deja de ser tal cuando se la concreta con las distintas hipótesis de hechos relevantes especialmente detalladas en el art. 3º del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (año 2001).

Este último precepto, en efecto, enumera en sus 31 incisos diversos hechos que no pueden dejar de ser informados habida cuenta predicar todos y cada uno la referida afectación “sustancial” de colocación de valores negociables o el curso de alguna negociación.

Y esa enumeración de hechos particulares y específicos, ciertamente, complementa la descripción de la conducta genéricamente impuesta por el art. 5, inc. a, del decreto 677/2001 y, por consiguiente, define adecuadamente el tipo infraccional en juego, representando desde la perspectiva del régimen de las llamadas leyes penales en blanco, una satisfacción del principio de legalidad del derecho administrativo sancionador (conf. Bacigalupo, E.,

Derecho Penal - Parte General, Buenos Aires, 1999, p. 153, n° 297).

Pero agotada esa concreción o complementación normativa que permite el art. 3º del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), lo cierto y concreto es que el art. 5, inc. a, del decreto 677/2001 no consulta, por sí mismo, considerado en abstracto, el principio de legalidad según se ha visto, lo que no se salva, ciertamente, con la aclaración puesta en dicho art. 3º de que su enumeración es “ejemplificativa”, toda vez que, por el contrario, semejante carácter abierto e indeterminado de la preceptiva determina un confín intolerable aun en el marco de las leyes penales en blanco (conf. Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos S.A., Madrid, 1994, ps. 266/267).

(e) Por cierto, la lectura del largo elenco de hechos enumerados en los 31 incisos del art. 3º, inc. 4, del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), permite advertir que en muchos de ellos se utilizan, a su vez, conceptos jurídicos indeterminados, a los cuales es necesario darles un contenido específico en cada situación real.

Ahora bien, en este segundo nivel, cuando ya está definido el “hecho relevante” mediante una descripción más específica, la remisión normativa a conceptos jurídicos indeterminados no afecta, a mi modo de ver, el principio de legalidad, del que es tributario el de tipicidad (en este sentido: Nieto, A., ob. cit., ps. 295/296).

Es que, como lo ha resuelto un tribunal español en una sentencia referida, precisamente, al régimen de información relevante en el mercado de valores, corresponde admitir la técnica normativa de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito sancionador, sin considerar por ello vulnerado el principio de tipicidad pues, si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de *lex certa* la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, ya que dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable (conf. Audiencia Nacional de Madrid, 28/6/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, causa “Indo Internacional S.A. y Don J.C.S.”).

(f) En el caso de autos, a los efectos de fundar la sanción, no hizo la Comisión Nacional de Valores una aplicación exclusiva y excluyente del art. 5º, inc. a, del Anexo al decreto 677/2001 (que hubiera tenido por consecuencia una clara afectación del principio de legalidad), sino que la hizo con fundamento concurrente o complementario en lo previsto por el art. 3º, inc. 4º, del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), que detalla como un “hecho relevante” que debe ser informado cualquier “... *Decisión sobre inversiones extraordinarias y celebración de operaciones financieras o comerciales de magnitud...*”.

Cabe observar que el reproche basado en este último precepto formó parte de la normativa cuyo incumplimiento se imputó en la resolución n° 16.236 que instruyó el sumario (fs. 3068), y que en la parte dispositiva de la resolución apelada n° 16.515 fue expresamente citado tal art. 3º, inc. 4º, como fundamento de la multa impuesta en razón de no haber sido comunicado como un “hecho relevante” el aporte efectuado por CAPSA a favor de INTERENERGY consistente en 260.000 acciones emitidas por CAPEX para ser vendidas por INTERENERGY, en el entendimiento de que ello tuvo aptitud para afectar en forma sustancial el curso de la negociación de las acciones de CAPEX (fs. 3094). Por lo demás, el desarrollo conceptual del capítulo V, apartado “a” de la resolución apelada apuntó, aunque sin citarla, a la demostración de que, en efecto, la omisión informativa se contraponía a la exigencia positiva referida (fs. 3074/3078, capítulo V, apartado “a”).

(g) En función de lo expuesto, y de lo que se dirá en el considerando siguiente acerca de la concreta aplicación

al caso de la hipótesis prevista por el art. 3º, inc. 4º, del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001), corresponde entender que el principio de legalidad no ha sido violentado en la especie.

Por ello, la apelación debe rechazarse en este aspecto.

5º) El reproche administrativo levantado por la Comisión Nacional de Valores con relación a la omisión informativa del recordado aporte se fundó, concretamente, en que conociendo CAPSA la iliquidez del mercado de acciones de CAPEX, razón por la cual INTERENERGY efectuó la venta de las acciones respectivas en forma parcelada, no podía escapar al conocimiento de ambas empresas que la colocación de tales títulos en un volumen mayor al promedio negociado tendría un efecto en el mercado y por ende en su cotización. Todo ello, además, ponderando el carácter de sociedad controlada de CAPEX por parte de CAPSA, en un marco de inmediatez de las ventas, en tanto que entre el 2/12/2008 y el 10/12/2008 se vendieron 245.197 de las 260.000 aportadas, con el resultado concreto de registrarse una significativa variación, a la baja, para dichas fechas. En ese orden de ideas, la decisión de venta –concluyó el organismo de control– fue un “hecho relevante” cuya omisión informativa privó al resto de los accionistas –no controlantes– de la posibilidad de adoptar decisiones de inversión o desinversión (fs. 3074/3078, capítulo V, apartado “a”).

El segundo agravio de los apelantes intenta desmerecer el fundamento del reproche administrativo precedentemente reseñado. Refieren los recurrentes que las operaciones sobre las acciones involucraban un porcentaje ínfimo del capital accionario; que la iliquidez del mercado de acciones de CAPEX era un hecho conocido por sus accionistas y por los potenciales adquirentes; que la venta escalonada procuró evitar que se generaran riesgos; y que previamente a tal venta escalonada las negociaciones de que habían sido objeto las acciones de INTERENERGY habían tenido una escasa variación por lo que, sumado a la experiencia acumulada en 15 años de oferta pública de CAPEX, no se justificaba entender estar en presencia de un “hecho relevante” susceptible de información (fs. 3148/3150, cap. IV, apartado 2).

Corresponde observar que las críticas reseñadas son sustancialmente reiteradas en el cap. IV, apartado 5, primera parte, de la apelación (fs. 3151 vta./3154), por lo que se impone un tratamiento conjunto.

Como se recuerda, la autoridad de control encuadró el caso en lo dispuesto por el art. 3º, inc. 4, del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001).

Tal norma, ya fue dicho, identifica como un “hecho relevante” que debe ser informado cualquier “... *Decisión sobre inversiones extraordinarias y celebración de operaciones financieras o comerciales de magnitud...*”.

En el precepto, bien se ve, hay dos conceptos jurídicos indeterminados: el carácter “extraordinario” de las inversiones y la “magnitud” de las operaciones financieras o comerciales. Pero ello no es problema. Como fue señalado, en este más específico nivel normativo, la indeterminación de los conceptos no ofrece crítica desde la perspectiva del principio de tipicidad, correlato del de legalidad.

Lo dirimente es, pues, definir si la operación enjuiciada en autos tenía el carácter “extraordinario” o una “magnitud” tal que, por su propia condición, justificaba ser informada.

Al respecto, no resulta inadecuado interpretar que la fijación concreta del alcance de tales conceptos jurídicos indeterminados está relacionada en supuestos como el que se examina con el comportamiento posible de los inversores.

En tal sentido, cabe entender que la operación debía racionalmente considerarse “extraordinaria” o “de magnitud” si, de haberse difundido adecuadamente, el conocimiento de ella hubiera incidido en el comportamiento lógico de un inversor, sea en la decisión de comprar o de vender. Y, al respecto, la respuesta afirmativa no parece dudosa en el caso de autos, prueba cabal de lo cual es, como lo advirtió la autoridad de aplicación, que la propia directora de CAPSA, C. S. B., admitió al declarar en autos que se procedió a realizar 7 ventas parciales del paquete

accionario involucrado, porque si así no se hacía se “destruía” el mercado debido a las oscilaciones de cotización que eran previsibles por la iliquidez de las acciones y el volumen operado, mayor que el habitual para las mismas (fs. 2016/2018 y 3075).

La cita de esa declaración por la Comisión Nacional de Valores, lejos de estar fuera de contexto como se dice a fs. 3148 vta., contextualiza la operación enjuiciada, revelando su carácter extraordinario y magnitud en razón de las consecuencias o derivaciones que ponía en juego.

Contra ella y contra las restantes razones expuestas, en lo pertinente, por el dictamen de la Fiscalía ante la Cámara al que cabe remitir por razón de brevedad (fs. 3207 vta./3208, punto “a”), resultan insustanciales y acaso pueriles los argumentos brindados por los recurrentes en el agravio que se considera, pues: I) poco interesa el porcentaje del capital accionario involucrado ya que lo tutelado es la transparencia del mercado en cualquier situación; II) la iliquidez de las acciones no era dato menor sino parte del problema lo mismo que la venta escalonada; y III) muy relativa relevancia tiene el alcance que tuvieron negociaciones accionarias anteriores de INTERENERGY o la experiencia de oferta pública de CAPEX, ya que ni unas ni otra definían la significación del aporte y venta de las 260.000 acciones de que se trata.

No es ocioso observar que, en los hechos, lo ocurrido fue que la valoración accionaria descendió un 33,33 % (fs. 11/13), esto es, existió a la postre una alteración más que significativa o sensible de la cotización, demostrativa de que el cumplimiento de la carga informativa no era inocuo.

Me importa recordar, en este punto, que esta alzada mercantil ya ha señalado que la carga informativa de que se trata existe siempre que esté presente una sustancial probabilidad de que la divulgación del hecho omitido hubiera sido considerado por un inversor razonable como que habría alterado de forma significativa el conjunto total de información disponible (conf. CNCom. Sala B, 22/12/2006, “Comercial del Plata s/ oscilaciones en su precio s/ denuncia”); y que el espíritu del decreto 677/01 es lograr un régimen transparente de la oferta pública, por lo que la provisión de información al público es esencial para fortalecer la confianza del público inversor; además, el decreto persigue asegurar la plena vigencia de los derechos consagrados por el art. 42 de la Constitución Nacional, instaurando un estatuto de los derechos del consumidor financiero, enderezado a que los interesados puedan adoptar decisiones fundadas de inversión (conf. CNCom. Sala E, 7/3/2013, “Comisión Nacional de Valores c/ Quickfood s/ denuncia de Carlos A. y Gastón A. Montagna s/ organismos externos”; Sala F, 7/9/2011, “Comisión Nacional de Valores c/ Alpargatas S.A. s/ organismos externos [seguimiento posible venta de paquete accionario]”).

Por estas razones, el segundo agravio de los recurrentes debe ser rechazado.

6º) Un tercer agravio de los apelantes es el que exponen en el capítulo IV, apartado 4, de su presentación ante esta alzada (fs. 3151 y vta.).

Sostienen improcedente la sanción de multa que el organismo de control les impuso por infracción al art. 7º del Anexo aprobado por el decreto 677/2001.

El agravio se construye con base en una técnica procesal inadecuada, cual es la de fundarlo con remisiones.

Pero haciendo abstracción de ello, juzgo adecuado rechazarlo con base en las siguientes razones que responden, justamente, a los temas específicamente planteados en este aspecto por la apelación.

(a) El art. 7º del Anexo del decreto 677/2001 no suscita cuestión constitucional alguna a la luz del principio de legalidad.

La norma es precisa en cuanto impone a los sujetos en ella mencionados la obligación de guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto la información de los llamados “hechos relevantes” tenga carácter público. No hay indeterminación alguna en su formulación.

Y, valga señalarlo, consagra un principio esencial para quienes intervienen en el mercado de capitales y poseen información considerada relevante: informar al mercado o abstenerse de operar (conf. Grigioni, M., *¿La protección del consumidor financiero en la oferta pública se garan-*

FONDO EDITORIAL

Novedad



PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
(coordinador)

**Homenaje
a Julio Rodolfo Comadira**

ISBN 978-987-3790-31-7
366 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

tiza exclusivamente por las normas que son propias de la oferta pública o debe recurrirse a la ley de defensa del consumidor?, en la obra colectiva dirigida por Cabanellas de las Cuevas, G. y de Reina Tartièrre, G., citada, p. 689, esp. p. 693).

(b) A contrario de lo expresado en fs. 3151 vta., la decisión apelada n° 16.515 luce debidamente “motivada” en cuanto a la sanción impuesta en este aspecto. Basta leer su capítulo V, apartado “b” (fs. 3078/3079) en el que se destaca, particularmente, la violación al deber de abstención en la negociación de una operación no informado dentro de un plazo fijado por los propios responsables.

c) No ha habido ninguna tergiversación de la prueba testimonial, si con tal afirmación los recurrentes aluden a la declaración de la directora de CAPSA, C. S. B. Lo dicho más arriba sobre la importancia de este testimonio explica el aserto.

7º) También es motivo de apelación la multa impuesta por la Comisión Nacional de Valores a los recurrentes por omisión de CAPEX en dar a conocer en la AIF la decisión de su directorio del 6/10/2008 por la cual aprobó el otorgamiento de un préstamo por \$6.510.000 a favor de la sociedad vinculada HYCHICO S.A.

Al respecto, sostienen que se los sanciona por no reiterar una información que ya habían anticipado el día 4/12/2007 en oportunidad de comunicar a la Comisión Nacional de Valores la realización de un aporte irrevocable de capital a cuenta de futuras suscripciones de acciones de HYCHICO S.A. por \$ 7.415.921,13, al par que advertir en la misma oportunidad que CAPEX continuaría “... *efectuando aporte de capital en Hychico en la medida que los mismos sean necesarios...*”. Entienden que esa comunicación anterior tornaba innecesaria la del acto posterior aprobado el 6/10/2008 por el directorio de CAPEX; que no hay disposición legal o reglamentaria que los obligara a reiterar la información; y que del modo indicado se alcanzó debidamente la finalidad del art. 3º, inc. 4, del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores –texto año 2001– (fs. 3154/3156 vta.).

La correcta respuesta al agravio exige señalar, como premisa, lo siguiente: I) no afirman los recurrentes que el préstamo autorizado el 6/10/2008 por el directorio de CAPEX hubiera sido capitalizado, a diferencia de otros

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 8, Secretaría Nro. 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que KARINA LOZA ARCE, nacida en Charamocho - Cochabamba - Bolivia, el 29 de enero de 1981, con D.N.I. N° 94.092.517, 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. Buenos Aires, 23 de junio de 2016. **José Luis Cassinero**, sec.

l. 5-7-16. v. 6-7-16

SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 91, a cargo del Dr. **Carlos Goggi**, Secretaría Única, a cargo de la Dra. **María Eugenia Nelli**, ubicada en Av. de los Inmigrantes 1950, piso 4º de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por TREINTA días a herederos y acreedores de DANIEL HECTOR LOZANO, D.N.I. 10.130.448. El presente deberá publicarse por un día en el diario El Derecho. Buenos Aires, a los 24 días del mes de junio de 2016. **María Eugenia Nelli**, sec.

5582 l. 5-7-16. v. 5-7-16

5577



EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

anteriores; b) [sic] califican a ese préstamo como una "operación comercial o financiera" pero niegan que hubiera sido "de magnitud" (fs. 3155 vta.). Aparte de ello, la lectura del acta de directorio indicada muestra solamente el otorgamiento de un préstamo a una tasa de interés nominal anual del 11 %, sin indicación alguna de tratarse de un aporte irrevocable a cuenta de un futuro aumento de capital (fs. 1365).

Partiendo de lo anterior, existe en el discurso de los recurrentes una confusión insalvable.

Una cosa es un préstamo, y otra muy distinta un aporte irrevocable a cuenta de un futuro aumento de capital.

De ello se sigue, por lógica consecuencia, que la comunicación del día 4/12/2007 que se refería a aportes irrevocables, no fue, ni pudo ser, publicidad suficiente con relación al préstamo autorizado el 6/10/2008.

Se trataron de diferentes "hechos relevantes", que involucraban actos de distinta naturaleza y consideración legal a los efectos aquí examinados.

En efecto, en el aporte irrevocable la suma erogada tiene como destino formar parte del capital y no devenga intereses; en cambio, en el préstamo existe una obligación de reintegro con más sus intereses. Desde el punto de vista contable, el aporte irrevocable a cuenta de un futuro aumento de capital es una partida del patrimonio neto; en cambio, un préstamo genera una cuenta en el pasivo exigible. El aportante, en fin, no es un acreedor de la sociedad, pues no presta fondos a ella con el objeto de obtener un interés, sino con el ánimo de acceder a una participación social y gozar de los beneficios del carácter de socio; en cambio, el prestamista se coloca en la posición de un acreedor social (sobre el tema véase: CNCom. Sala C, 26/8/1986, "Palacio del Fumador S.R.L.", RDCO 1987-150; íd. Sala A, 18/4/2005, "Von Boch Galhau, Christoph c/ Grami S.A. s/ ordinario"; íd. Sala A, 23/8/2007, "Zymelsztern, Eugenia c/ Vanila S.R.L. s/ ordinario"; íd. Sala B, 21/6/2007, "Dieguez, Fernando c/ Himalaya Compañía de Seguros S.A. s/ quiebra s/ sumario"; íd. Sala B, 15/9/2010, "Couffignal, Mariano y otro c/ Sworn College S.A. y otro s/ ordinario"; Alegría, H., *Nuevas reflexiones sobre aportes a cuenta de futura emisión*, RDCO, 1995-A, p. 95; López Tilli, A., *Financiamiento de la empresa*, Buenos Aires, 2010, p. 171 y ss.; Negri, J. y Rodríguez Peluffo, D., *Un fallo destacable en materia de aportes irrevocables*, ED 187-254; Vergara del Carril, Á., *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital*, ED 172-93; Buey Fernández, P., *El aporte a cuenta de futuras emisiones frente a la falencia de la sociedad*, ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Societario, Buenos Aires, 1981; Richard, E., Racciatti [h.] y Romano, A., *Sujetos responsables y subordinación de créditos por el uso abusivo de los préstamos de los socios y de las entregas a cuenta de futuros aumentos de capital*, en AA.VV., *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 383; García Cuerva, H., *El llamado aporte a cuenta de futuros aumentos de capital en caso de quiebra de la sociedad receptora*, en AA.VV., *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 391; etc.).

A los efectos que aquí interesan, la diferencia entre un instituto y el otro está claramente presente en el art. 3º del capítulo XXI de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001).

Efectivamente, el inciso 31 de dicho art. 3º determina específicamente la obligación de informar los "... Aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de acciones, aceptados por reunión del directorio..."

De modo independiente, el inciso 4 del mismo art. 3º determina igual obligación para las "... operaciones financieras o comerciales...", entre las que puede encuadrarse el préstamo de que se trata como lo aceptan los propios recurrentes, sin que pueda aceptarse la afirmación de ellos de que el negocio no era "de magnitud" pues el propio monto del préstamo indica lo contrario.

De tal suerte, no es discutible el incumplimiento al deber resultante del art. 5, inc. a, del Anexo al decreto 677/2001

en conexión con el citado art. 3º, inc. 4, de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (texto año 2001).

A todo evento, si acaso cupiera alguna duda (que no la tiene el suscripto), corresponde también observar que la Comisión Nacional de Valores, además de encuadrar adecuadamente la especie en la hipótesis del citado art. 3º, inc. 4, subsumió asimismo el préstamo autorizado en la reunión de directorio CAPEX del día 6/10/2008 en la previsión del art. 73 del Anexo del decreto 677/2001, esto es, como un "acto o contrato" que, según la letra de tal norma, debe ser inmediatamente informado conforme al art. 5º, inc. a, del Régimen de Transparencia de la Oferta Pública (fs. 3082).

Y así lo entendió y precisó, por lo demás, el directorio de CAPEX en la recordada acta del 6/10/2008 donde se lee: "... Toma la palabra el Sr. Vicepresidente quien manifiesta que en caso de aprobarse el otorgamiento de los préstamos y tratándose de 'partes relacionadas' en los términos estipulados por el artículo 73 del Decreto 677/01 'Régimen de Transparencia de la Oferta Pública', para que los préstamos sean válidos los mismos deberá(n) cumplir con el procedimiento allí previsto..." (fs. 1365).

Este último encuadre, que representa un fundamento autónomo de la resolución recurrida, no ha sido ni siquiera mencionado en la apelación, por lo que debe considerarse firme.

A la luz de lo expuesto, juzgo que las críticas de los recurrentes no conmueven los fundamentos de la autoridad de control y, por tanto, que la apelación también debe ser rechazada en este aspecto.

8º) Con referencia a las tres imputaciones ya examinadas, los recurrentes también sostienen afectado el principio de culpabilidad que, dicen, no solo es exigencia del derecho penal, sino también del derecho administrativo sancionador (cap. IV, apartado 6, fs. 3156 vta./3165).

La crítica no pasa de una mera formulación genérica.

Por ello, para rechazarla, basta recordar que, como lo ha explicado esta Sala, en el derecho penal la conducta debe ser producida por dolo o culpa, y funciona a su respecto la teoría del error en sus variedades: error de tipo o error de prohibición; vencible o invencible. Empero, en el derecho administrativo sancionador, la infracción administrativa funciona objetivamente, por su contradicción con la norma de prohibición, y en consecuencia, la sanción es incompatible con excusas exculporias fundadas en el error. Las contravenciones administrativas, en efecto, tienen carácter objetivo, sin tener trascendencia jurídica la culpa o el dolo y, por tanto, excusas de carácter subjetivo referentes a tales factores de atribución (conf. CNCom. Sala D, 23/10/2007, "Comisión Nacional de Valores. Asunto: Fondos Comunes de Inversión s/ operatoria a través de Banco Nación -Letes- Investigación s/ organismos externos", y sus citas).

9º) Agravia a los recurrentes, por último, que se les hubiera aplicado multas en lugar de un apercibimiento y que ello fue el resultado de no haber hecho la autoridad de aplicación un examen de la elección de la sanción a la luz de las pautas previstas en la parte final del art. 10 de la ley 17.811 (fs. 3165/3166 vta.), hoy art. 133 de la ley 26.831.

La gravedad de las actuaciones enjuiciadas, la trascendencia que para la confianza del público en el sistema financiero tuvieron los hechos enjuiciados, justifica plenamente, a criterio del suscripto, las sanciones impuestas. La "elección" de la multa y no de cualquier otra sanción distinta, responde a las circunstancias singulares del caso: a) las infracciones sancionadas ponen en peligro uno de los valores o bienes jurídicos de mayor importancia en el mercado de valores, cual es la información y su relación con la confianza del público en el sistema financiero; b) las específicas circunstancias fácticas que concurren, según lo ha admitido este voto; y c) la omisión de toda actuación tendiente a mitigar el resultado.

A todo evento, y puesto que el pedido de supresión de la sanción de multa lleva implícito el de su reducción, considerando que, como lo expone el dictamen de la Fiscalía

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Decreto 820 de junio 29 de 2016 - **Dominio**. Extranjeros. Tierras Rurales. Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales. Modificación (B.O. 30-6-16).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

ante la Cámara, no se acreditó un daño de magnitud a la confianza en el mercado de capitales, propondré al acuerdo una reducción con el alcance propiciado por el Ministerio Público.

10º) Por lo expuesto, voto por que se confirme la resolución apelada en lo principal que decidió, modificándose la exclusivamente en lo relativo al *quantum* de las multas aplicadas, las que deben ser reducidas, en el caso de CAPEX, sus directores y síndicos a la suma de \$225.000, y en el caso de CAPSA e INTERENERGY, sus directores y síndicos, a la cantidad de \$125.000.

Así lo propongo al acuerdo.


El señor Juez de Cámara, doctor *Vassallo* adhiere al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

Confirmar la sentencia recurrida en lo principal que resolvió, y modificarla exclusivamente en lo relativo al *quantum* de las multas aplicadas, las que deben ser reducidas, en el caso de CAPEX, sus directores y síndicos a la suma de \$225.000, y en el caso de CAPSA e INTERENERGY, sus directores y síndicos, a la cantidad de \$125.000.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa a la Comisión Nacional de Valores.


Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). - Pablo D. Heredia. - Gerardo G. Vassallo.



Segunda ed. actualizada

"Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"


La reforma más importante del Derecho Privado Argentino



Año: 2016
1148 págs.
ISBN: 978-987-3790-22-5

\$ 750
Descuento especial para alumnos UCA

Venta telefónica: (011) 4371-2004 - Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar - elderecho@elderecho.com.ar
Tucumán 1436/1438 (C1050AAD) - Buenos Aires - Argentina

 **EL DERECHO**