



COLUMNA DE OPINIÓN

## La ley 27.544 de Sostenibilidad de la Deuda Pública

### UN NUEVO COMIENZO DE LA HISTORIA

Darío A. Tropeano (\*)

#### I. La breve historia

Pocos años después de la independencia patria (1), bajo el gobierno de Martín Rodríguez, el país toma el primer empréstito público de magnitud (2) con la banca inglesa Baring Brothers, del cual solo se reciben 570.000; la diferencia se resta para atender otros gastos, habiéndose cancelado casi 90 años después, en un monto de casi 8,64 veces sobre lo que se recibió (3). Los sucesivos gobiernos de la denominada “generación de 1880” continuaron vertiginosamente con el proceso de endeudamiento externo que llegó a los 38 millones de libras esterlinas (4), que se extendió a banqueros alemanes y franceses. Al inicio del siglo XX, esa generación había acumulado una deuda externa de 78 millones de libras, habiendo transitado un desequilibrio financiero en 1890 que puso en jaque a la Banca Baring, dada su exposición con el país. Durante el gobierno de Perón, la Argentina se negó a ingresar al FMI y al Banco Mundial, manteniendo estabilizada su política de endeudamiento. Luego de su caída por un golpe militar, el régimen de facto ingresó y contrajo una deuda pública de U\$S 1.000 millones en

CONTINÚA EN PÁGINA 5

## Apuntes laborales sobre *compliance*

Enrique A. Betemps (\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Ley 27.401 (LRPE).— III. Resolución 27/2018.— IV. *Compliance* laboral y contenidos laborales de los PI.— V. Investigaciones.— VI. Conclusiones.

➔ En términos prácticos y en lo que interesa a estos apuntes, el Programa de Integridad (PI) debería “también” estar orientado a prevenir, detectar y corregir incumplimientos a las normas laborales, de modo que —parafraseando la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria— “sea una verdadera expresión de su cultura de integridad y una respuesta consistente con sus riesgos, necesidades y desafíos”.

#### I. Introducción

Dado que los aspectos laborales del *compliance* podrían ser amplísimos, intentaremos enfocarnos en las cuestiones que consideramos más relevantes.

Comenzaremos tratando inicialmente aspectos generales del *compliance*, de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria (en adelante la LRPE) y de la res. 27/2018 de la Oficina Anticorrupción, para luego referirnos a las cuestiones laborales propiamente dichas.

En términos generales, el *compliance* se relaciona con el cumplimiento normativo y con la idea de ética que debe primar en el mundo corporativo y de los negocios.

Operar ética y transparentemente no solo es lo correcto, sino que también es bueno para las empresas y para los negocios. Las consecuencias de no hacer lo debido y legal pueden ser muy severas, tanto para las

empresas, que podrían verse obligadas a afrontar —entre otros— condenas penales, multas, confiscación de ganancias indebidas y daño reputacional, como para los individuos —empleados y directores—, quienes podrían verse expuestos no solo a acciones penales, sino también a medidas disciplinarias —incluyendo su despido— y reclamos de daños y perjuicios.

Alude también a control interno, a cómo prevenir, detectar y corregir los riesgos de las empresas, a fin de eliminar o reducir el fraude corporativo. Se vincula con el establecimiento de Programas de Integridad (en adelante PI), según la terminología de la legislación nacional, orientados a la prevención de la comisión de delitos a través de la autorregulación que se da la propia persona jurídica, que es la que mejor conoce los riesgos propios de su actividad, facilitando de este modo la tarea del Estado, al que de otro modo le resultaría muy difícil detectar la corrupción empresarial.

#### II. Ley 27.401 (LRPE)

La LRPE, publicada en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 2017, establece un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por soborno.

En lo que interesa a los fines del presente, dispone que las personas jurídicas podrán implementar un PI, consistente en un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos orientados a prevenir, detectar y corregir las irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la ley.

Dispone que si bien los PI no son obligatorios —salvo para quienes contratan con

el Estado Nacional—, contar con uno adecuado determina ventajas para la persona jurídica como elemento de ponderación de responsabilidad por hechos de corrupción. En efecto, al graduar las penas los jueces deberán tener en cuenta —entre otros— el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, y la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de investigación interna.

La persona jurídica puede eximirse de pena cuando haya denunciado un delito previsto en la LRPE como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna, hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuado con anterioridad al hecho y hubiese devuelto el beneficio indebidamente obtenido.

Para ser adecuado, el PI debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza y con su dimensión y capacidad económica.

De acuerdo con la LRPE, el contenido mínimo de un PI es el siguiente:

— Un código de ética o de conducta o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados.

— Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y licitaciones públicas; y, en general, en la ejecución de contratos administrativos o

CONTINÚA EN PÁGINA 2

#### COLUMNA DE OPINIÓN

La ley 27.544 de Sostenibilidad de la Deuda Pública

Un nuevo comienzo de la historia

Darío A. Tropeano ..... 1

#### DOCTRINA

Apuntes laborales sobre *compliance*

Enrique A. Betemps ..... 1

#### NOTA A FALLO

Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11, del Código Penal)

Alejandra M. Malica ..... 8

#### JURISPRUDENCIA

FEMICIDIO. Trabajadora sexual autopercebida mujer. Violencia de género. Situación de vul-

nerabilidad. Acusado que vive episodios psicóticos esporádicos. Capacidad del acusado de comprender y dirigir sus acciones. Relato del hecho por el imputado que no viola la prohibición de declarar contra sí mismo (CCrim. y Correc. 9a Nom., Córdoba) ..... 7

HABILITACIÓN DE FERIA. Cuestiones que requieren inmediata protección judicial. Casos de familia. Intervención del juez natural (CNCiv.) ..... 11

DERECHO A LA SALUD. Empresa de medicina prepaga condenada a restablecer la afiliación de un niño con capacidades diferentes. Medida cautelar (CNFed. Civ. y Com.) ..... 11

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL SÍNDICO. Revocación de multa impuesta al síndico concursal. Desatención de la regla de gradualidad y proporcionalidad. Apercebimiento (CNCom.) ..... 12



# Apuntes laborales sobre *compliance*

● VIENE DE TAPA

cualquier otra interacción con el sector público.

— La realización de capacitaciones periódicas para directores, administradores y empleados sobre los PI.

Dispone también que los PI podrán tener los siguientes contenidos:

— El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del PI.

— El apoyo visible e inequívoco al PI por parte de la alta dirección y gerencia.

— Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros.

— Una política de protección de denunciantes contra represalias.

— Un sistema de investigación interna.

— Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios.

— La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones.

— El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del PI.

— Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del PI.

## III. Resolución 27/2018

Por su parte, la res. 27/2018, publicada en el Boletín Oficial el 4 de octubre de 2018, establece los lineamientos que deben tener los PI.

Luego de referir que se trata de una “guía técnica a las empresas” y de ratificar que la adopción de un PI “no es legalmente obligatoria” (las personas jurídicas “podrán” implementarlos), consigna que contar con un PI “es requisito para ser un oferente hábil en ciertas contrataciones con el Estado Nacional”.

Después de enumerar los componentes del PI, dice expresamente que “nada impide a cada persona jurídica implementar otros componentes ...”. Aclara que los contenidos que sugiere no sustituyen ni desplazan “la evaluación propia que cada organización debe efectuar para que el Programa sea una verdadera expresión de su cultura de integridad y una respuesta consistente con sus riesgos, necesidades y desafíos”.

Más aún, dice que el Código de Ética no tiene por qué limitarse a los delitos contra la administración establecidos por la LRPE, enfatizando que difícilmente un buen Código de Ética o conjunto de políticas tenga un alcance material tan estrecho.

Abunda en que puede ser también una política idónea para que la organización fije re-

glas de juego claras frente a riesgos de otro tipo, por ejemplo, fraude interno, daños al medio ambiente, seguridad operacional, salud y seguridad en el trabajo, etc.

## IV. *Compliance* laboral y contenidos laborales de los PI

### IV.1. *Cultura de integridad en cuestiones laborales. Contenidos laborales*

Como vimos, en la LRPE la idea de *compliance* se encuentra emparentada casi exclusivamente con cuestiones de derecho penal. Siempre de acuerdo con la LRPE, de tener la empresa un PI adecuado, cuenta con ventajas como elemento de ponderación de responsabilidad por hechos de corrupción. De ajustarnos entonces a la LRPE, salvo supuestos que involucren delitos contra la administración pública y soborno, el *compliance* tendría limitados efectos en el plano laboral.

Sin embargo, como también adelantamos, la res. 27/2018 dice de modo expreso que el Código de Ética no tiene por qué limitarse a contemplar delitos contra la administración establecidos por la LRPE, abundando en que difícilmente un buen Código tenga un alcance material tan estrecho y señalando la conveniencia de que la organización fije reglas de juego claras frente a riesgos de otro tipo. Además, entre los contenidos sugeridos —no obligatorios— menciona algunos de naturaleza laboral.

Fuera de las precedentemente mencionadas, no existen disposiciones legales específicas que traten el tema del *compliance* en el ámbito laboral propiamente dicho.

En nuestro parecer, las correctas prácticas corporativas no deberían prescindir del adecuado cumplimiento de la normativa laboral. En términos prácticos y en lo que interesa a estos apuntes, el PI debería “también” estar orientado a prevenir, detectar y corregir incumplimientos a las normas laborales, de modo que —parafraseando la LRPE— “sea una verdadera expresión de su cultura de integridad y una respuesta consistente con sus riesgos, necesidades y desafíos”.

Cabe consignar que, a diferencia de lo que sucede en España donde existe un número muy significativo de opiniones en relación con este tema puntual, casi no se registran referencias por parte de la doctrina nacional. Cabe citar a Esteban Carcavallo<sup>(1)</sup>, quien coincidiendo con nosotros sostiene que “no vemos motivos valederos para que la cultura de la prevención y de la gestión del cumplimiento normativo se circunscriba solamente al ámbito penal, dejando de lado a las obligaciones socio laborales” y abunda refiriendo que “las buenas prácticas corporativas y los parámetros de *governance* de las organizaciones privadas no deberían dejar de lado la observancia de normas laborales y de la seguridad social”.

Somos de la opinión que los PI deberían contemplar el análisis, tratamiento y seguimiento de los diversos temas laborales que involucren a las empresas. Aun de no incluirse de modo expreso en los PI, ciertamente es recomendable que las personas jurídicas adopten una cultura de integridad respecto de los temas laborales, a cuyo respecto deberían llevar a cabo las acciones necesarias —típicamente una auditoría laboral— a los fines de conocer e identificar sus riesgos y contingencias laborales, de

modo de permitirles adoptar las medidas necesarias para cumplir con las normas de tal naturaleza.

En atención al enorme impacto económico que el incumplimiento de las normas laborales podría determinar, es esencial para las empresas conocer e identificar los riesgos y contingencias laborales a los que se enfrentan. La identificación de los riesgos y las contingencias laborales facilitará la adopción de medidas que permitan subsanarlos o al menos limitarlos.

No es menos cierto que, ante la existencia de opiniones doctrinarias y decisiones judiciales disímiles y contradictorias sobre temas laborales, no es sencillo determinar si una sociedad cumple —al menos de modo estricto— con sus obligaciones laborales.

Si bien el universo de riesgos y contingencias laborales podría ser amplísimo y dependería de las particularidades de cada entidad, en ningún caso debería omitirse el análisis, tratamiento y seguimiento de los siguientes temas laborales relevantes:

**Encuadramiento legal y convencional:** Debería corroborarse que a los empleados respectivos se les aplique el régimen legal que por la actividad desarrollada por la empresa pudiera corresponder, por ejemplo, la normativa sobre viajantes de comercio —ley 14.546— o el régimen de la construcción —ley 22.250— o el correspondiente a periodistas y empleados de empresas periodísticas —ley 12.908—. Lo propio con relación a convenios colectivos de trabajo. El incorrecto encuadre legal o convencional podría exponer a la empresa a reclamos: a) por indebida registración laboral; b) de diferencias salariales vinculadas a conceptos contemplados en el régimen legal o en el convenio colectivo de trabajo respectivo; y c) de las entidades gremiales y beneficiarias respecto de pagos acordados —cuotas sindicales y aportes solidarios entre otros— en el marco de tales regímenes o convenios colectivos.

**Registración laboral:** Por las significativas contingencias que disparan, es de buena práctica también prestar atención a la correcta registración de las relaciones laborales. Ello resulta de aplicación no solo con relación a individuos que presten servicios con regularidad y que no se encuentren registrados como empleados —quienes podrían postular ser dependientes en fraude a la ley laboral—, como por quienes podrían invocar que sus vinculaciones se encuentran indebidamente registradas, por no coincidir la fecha de ingreso y la retribución real con la que surge de los libros y registros correspondientes. Reclamos de tal naturaleza suelen presentarse en casos de empleados “actuales” que en el pasado prestaban servicios a favor de la empresa: a) como contratistas independientes; b) por medio de agencias de servicios eventuales; o c) por terceras compañías que prestaban servicios a favor de su empleador (como, por ejemplo, servicios de limpieza, de seguridad, etc.). Dichos empleados “actuales” podrían alegar que en todo momento se desempeñaron como empleados en relación de dependencia —antes y después de su efectiva registración como empleados— y que por tal motivo la fecha de ingreso registrada no coincide con la real en que comenzaron a prestar servicios. Similar problemática se presenta en relación con elementos de trabajo o beneficios sociales otorgados por las empresas a sus empleados (como teléfono celular, automóvil, comedor de planta, co-

bertura médica, etc.), quienes podrían invocar que estos —por representar una ventaja económica derivada de su prestación de tareas— tienen naturaleza salarial, por lo que su no registración como retributivos importa el incorrecto registro de la relación laboral. La no registración o indebida registración de una relación laboral podría exponer a la empresa a reclamos de indemnizaciones laborales y a indemnizaciones agravadas por indebida registración —leyes 24.013, 25.323 y 25.345—, a la vez que, de aportes y contribuciones omitidos, más intereses y multas con destino a la seguridad social.

**Retribuciones:** Debería asegurarse que se liquiden y abonen a los empleados las retribuciones mínimas de ley y/o las establecidas por los regímenes legales o convenios colectivos que pudieran resultar de aplicación.

**Higiene y seguridad en el trabajo:** Idéntico temperamento se impone en relación con la normativa de higiene y seguridad en el trabajo, dado que, en caso de incumplimiento, la empresa podría verse obligada a afrontar, además de sanciones por parte de las autoridades, reclamos de empleados por accidentes y enfermedades.

**Respeto de libertad de asociación y representación sindical de los trabajadores:** Es también necesario verificar que dentro del ámbito de la empresa exista efectiva libertad de asociación y representación sindical de los trabajadores.

**Normativa sobre jornada y descansos:** Del mismo modo, debería comprobarse el adecuado cumplimiento de la normativa referida a jornadas y descansos a fin de evitar cualquier posible forma de trabajo forzoso o excesivo.

**Trabajo infantil:** También debería examinarse que no existan menores de edad trabajando en violación a la normativa que prohíbe el trabajo infantil.

**Discriminación y acoso laboral y sexual:** Se impone, asimismo, asegurarse la inexistencia de actos de discriminación o de acoso laboral y sexual.

**Contratación de extranjeros:** Debería también seguirse de cerca lo relacionado a la contratación de extranjeros, de modo de confirmar que su vinculación no importe el incumplimiento de la normativa correspondiente.

**Protección de datos personales:** Si bien no se trata de una normativa laboral propiamente dicha, cabe también verificar que el manejo de los datos personales se ajuste a las disposiciones legales vigentes.

**Cumplimiento de normativa de la seguridad social:** Igualmente debería asegurarse que se liquiden y paguen debidamente los aportes y contribuciones con destino a la seguridad social.

**Contratación con terceros:** La constatación del cumplimiento normativo no debería limitarse a los empleados propios, sino que debería extenderse a contratistas y subcontratistas. Adicionalmente a los aspectos que referiremos en el punto “Contratos con terceros” —dentro del capítulo siguiente—, cabe mencionar que desde el punto de vista laboral la empresa podría ser considerada responsable en los términos de los arts. 29 y 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (“LCT”).

## { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
 (\*) Abogado, Universidad de Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. *Master of Laws Southern Methodist University*, Dallas, Texas, Estados Unidos. Reconocido por su práctica jurídica por publicaciones espe-

cializadas tales como *Chambers & Partners, Legal500, LatinLawyer, The Best Lawyers, Who's Who Legal*. Autor del capítulo de Argentina referido a contribuciones de la seguridad social de la CCH *Latin American Tax Guide* (año 2002). Coautor del capítulo de Argenti-

na referido a Derecho Laboral Internacional, Empleo y Discriminación de *Kluwer's International Labour and Employment Compliance Handbook* (2010/2020). Autor del capítulo de Argentina publicado en *Employment Law Review* (2019/2020). Expositor en el seminario

sobre “*Compliance*” organizado por Thomson Reuters La Ley (2019).

(1) CARCAVALLO, Esteban, “Herramientas para implementar el *compliance* laboral”, de abogados.com.ar, 27/02/2019.

Mientras que por la primera de tales normas la empresa podría ser considerada empleadora directa del empleado del contratista o subcontratista —por entenderse que fue contratado fraudulentamente a través de un tercero para en definitiva ser proporcionado a quien termina beneficiándose de su prestación de servicios—, por el art. 30 de la LCT se la condenaría como responsable solidaria juntamente con el contratista o subcontratista. Si bien el tema viene dando lugar a una encendida discusión legal, al presente resulta de aplicación el Plenario 323 dictado en autos “Vázquez, María Laura c. Telefónica de Argentina SA y otro s/ Despido” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CN-Trab.) (2) y muchísimos otros fallos dictados siguiendo su doctrina, que reconocen las indemnizaciones agravadas de las leyes 24.013, 25.323 y 25.345 —aplicables a los supuestos de no registración de una relación laboral— a los casos en que se considere que un empleado no se encuentra registrado en los libros laborales de la entidad a favor de la cual presta sus servicios.

A diferencia de lo que sucede en el marco de la LRPE, donde si la empresa tiene un PI adecuado cuenta con ventajas como elemento de ponderación de responsabilidad por hechos de corrupción, no sucede lo mismo en el plano laboral.

Dicho de otro modo, aun de tener la persona jurídica un adecuado PI laboral, ello no trae como consecuencia la eximición o siquiera atenuación de su responsabilidad frente a reclamos laborales.

Sin embargo, de adoptar la persona jurídica una cultura de integridad respecto de los temas laborales, realizando un análisis, tratamiento y seguimiento de tales problemáticas, que la ayude a identificar los riesgos y las contingencias laborales, tal proceder le permitirá la adopción de medidas que le permita subsanarlos o al menos limitarlos, de lo que resulta que su implementación será en definitiva incuestionablemente beneficiosa para la sociedad.

#### IV.2. Contenidos laborales de los PI según resolución 27/2018

A continuación, tratamos los contenidos laborales relevantes de los PI según la res. 27/2018.

**Contenidos de los PI:** Entre los “Posibles contenidos de un Código de Ética Integral” menciona “reglas de aceptación de la diversidad y no discriminación”, “reglas sobre la reducida expectativa de privacidad en el uso de medios y dispositivos provistos por la organización”, referencias al canal de denuncias o línea ética, régimen de sanciones y política de no represalias a denunciantes.

También incluye como contenidos posibles:

- Prohibición de soborno, fraude y pagos de facilitación.
- Adhesión del personal interno y terceros en forma expresa.
- Reglas sobre *lobby*.
- Reglas sobre obsequios, hospitalidades y gastos.

— Reglas sobre uso de activos de la persona jurídica.

— Reglas sobre membresías.

— Pautas y límites a donaciones.

**Idioma nativo y comunicación:** Dispone que el PI debe estar traducido al idioma nativo. Tal recomendación contenida en la res. 27/2018 parece muy atinada, dado que de estar redactado en otro idioma —como sucede en muchos casos de empresas multinacionales—, podrían existir controversias acerca de si el empleado comprendía correctamente los alcances del PI.

Además de obedecer a la lógica más elemental considerando que vivimos en un país de habla hispana, en caso de juicio se evitan costos de traducciones públicas.

Enfatiza que su “comunicación es esencial para garantizar su respeto y cumplimiento”. Al respecto dice expresamente que “si bien es de utilidad contar con el código o las políticas en formato digital para su difusión (y la documentación de su recepción) no es recomendable que solo exista en ese formato. La amplia disponibilidad de ejemplares en formato papel, en tamaños manejables y transportables (por ejemplo: que pueda ser guardado en el bolsillo de un abrigo, que entre en una guantera), facilita su transmisión física”.

Si bien la norma no lo establece, es altamente recomendable que los PI sean impresos y firmados por los empleados y que se guarde copia de aquellos en los legajos respectivos.

**Cómo conseguir que los empleados sigan los PI:** A fin de que los empleados ajusten su accionar a los PI, es necesario su apoyo visible e inequívoco por parte de la alta dirección y gerencia. Es clave también la presencia activa del directorio en actividades de capacitación y entrenamiento; y obviamente capacitaciones respecto del personal en general.

Gustavo G. Regner (3) resume la idea señalando que “más allá de los numerosos estudios que lo avalan, las conductas éticas y honestas pueden ser claramente mejoradas en las organizaciones cuando sus líderes consistentemente promueven, apoyan y viven esos comportamientos. No hay dudas de que la Dirección y la Alta Gerencia establecen el *Tone from the Top* en sus organizaciones; en igual sentido, los equipos gerenciales en todos los niveles son críticos para reforzar las conductas positivas, siendo excelentes modelos de las conductas de sus empleados. Liderando con el ejemplo en una manera positiva será siempre la forma más efectiva de asegurar que *Tone from the Top* se traduzca en una cultura ética y transparente”.

Se impone, asimismo, la generación de espacios de consultas y debates a fin de tratar los diferentes aspectos inherentes a los PI.

Establece que, de presentarse situaciones alcanzadas por los PI, deben realizarse las investigaciones correspondientes y adoptarse las medidas que fueran necesarias.

Dice también que es deseable y necesario reconocer de modo positivo el accionar ético de los empleados.

**Capacitaciones:** Dado que la normativa también exige capacitaciones sobre los PI, se recomienda dejar constancia escrita y firmada de la asistencia del empleado a tales capacitaciones.

**Canales internos de denuncias y protección de denunciantes:** A la vez que establece la obligatoriedad de denunciar internamente las violaciones al Código de Ética, exige que se garantice la protección suficiente del empleado que reporta una conducta indebida, sin que existan represalias respecto de las cuestiones planteadas o información proporcionada de buena fe.

Señala Fernanda M. Planes (4) que los canales internos de denuncia, que “pueden ser internos o tercerizados”, deben respetar tres límites legales: confidencialidad, protección de datos personales y respeto de los derechos de los trabajadores. Enfatiza que “aquel que tiene la valentía de denunciar debe ser protegido y se le deberá garantizar que no se tomará ninguna medida que lo perjudique o lo coloque en situación de inferioridad con respecto al resto”.

**Investigación interna:** Demanda también un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados a la vez que imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta. Las investigaciones pueden derivarse no solo de los reportes, sino también de acciones de rutina de la organización tales como la realización de auditorías.

Establece que es deseable que se prevean cuestiones relativas a la cadena de custodia de la información, a la entrevista de testigos y al involucramiento y exclusión de las investigaciones de las diferentes áreas internas en función de su posible implicancia, consignando que estos elementos son centrales para poder luego usar las pruebas en un posible proceso judicial.

**Protección de intimidad, privacidad y dignidad:** Dispone que el acceso a dispositivos y medios de propiedad de la organización que pueden almacenar información privada del trabajador, así como ciertos controles de rutina necesarios por cuestiones de seguridad u operación, debe ser respetuoso de la proporcionalidad y notificado de antemano en un procedimiento escrito. Establece que será importante que este último trate específicamente los casos que podrían ser considerados “zonas grises” y brinde pautas determinadas para proceder en casos tales como:

- Acceso al correo electrónico corporativo del trabajador y al historial de mensajería instantánea desde dispositivos electrónicos proporcionados por la organización.
- Acceso a los registros de llamadas correspondientes a dispositivos o líneas proporcionadas por la organización.
- Registros de seguimiento satelital de vehículos de propiedad de la organización.
- Acceso al historial de navegación de Internet desde (el o) los dispositivos asignados al trabajador.
- Acceso a los documentos almacenados en distintos dispositivos.

— Acceso a sus cajones o armarios protegidos bajo llave.

— Videovigilancia en espacio de oficinas/sectores productivos.

— Acceso a los registros de ingreso y egreso de instalaciones.

— Inspecciones de ropa, bolsos y automotores en el ingreso/egreso a zonas laborales/industriales.

— Prueba por consumo de estupefacientes y sustancias prohibidas.

— Entrevistas en el marco de investigaciones internas (y su registro a través de medios electrónicos o magnéticos).

Fernanda M. Planes (5) apunta que “cada vez son más los códigos de ética que toman los recaudos pertinentes sobre expectativa de privacidad”, refiriendo que “los empleados deben ser conscientes de que con sujeción a la ley aplicable no tienen ningún derecho de propiedad sobre información de la empresa y ninguna expectativa de razonable privacidad durante el uso de cualquier equipo de la misma”, lo que importa que la empresa podrá controlarlos, examinarlos y acceder a su contenido.

Dicho segmento de la res. 27/2018 claramente se hace cargo de la doctrina y jurisprudencia existente referida a la provisión de correos electrónicos, dispositivos y espacios físicos a empleados.

Sin intención de extendernos, cabe memorar alguna jurisprudencia relevante que se pronuncia respecto de la expectativa de privacidad.

Así, en la causa laboral “Pereyra, Leandro” (6) se consideró que si una empresa no tiene una política clara en el uso del teléfono celular, no advirtiendo al empleado que dicho uso debe ser realizado exclusivamente en función de su actividad laboral y haciéndole conocer el derecho de la compañía a controlar el correcto uso de *e-mails*, podría crear una falsa expectativa de privacidad.

Por su parte, en el expediente de trámite por ante la Justicia del Trabajo en la causa conocida como “Vestiditos” (7), se resolvió que el hecho de que la propia empleadora hubiese suministrado a la trabajadora el uso de una clave personal de acceso a su casilla de correo electrónico es incompatible con la posibilidad de la empleadora de imponerse unilateralmente del contenido del correo sin advertencia previa.

En tanto, en el juicio “Rubiero” (8) tramitado por ante la Justicia en lo Criminal, se decidió que el ingreso al contenido de computadoras personales, portátiles y cuentas de correo electrónico a cuyo respecto existe una clave o *password* puede conculcar garantías individuales.

Lo propio sucedió en “Redruello” (9), donde se resolvió que el empleador tiene prohibido en principio leer los *e-mails* enviados o recibidos por sus empleados.

En similar dirección se resolvió en “Farrías” (10) al decidir que los espacios privados en el ámbito de una empresa merecen la mis-

#### { NOTAS }

(2) CNTrab., en pleno, 30/06/2010, “Vázquez María Laura c. Telefónica de Argentina SA y otro s/ despido”, AR/JUR/28837/2010, donde decidió que “cuando de acuerdo con el primer párrafo del art. 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el art. 8º de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto sola-

mente por la empresa intermediaria”.

(3) REGNER, Gustavo G., “*Tone-at-the-top*: el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia”, *Suplemento Especial de Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Empresarial*, Ed. Thomson Reuters La Ley, mayo 2018, ps. 211 y ss.

(4) PLANES, Fernanda M., “*Compliance* y derecho

laboral”, *Suplemento Especial de la Nueva Ley de Responsabilidad Penal y Personas Jurídicas y el Compliance*, Erreius, 2019, ps. 57 y ss.

(5) PLANES, Fernanda M., “*Compliance* y derecho laboral”, cit., p. 67.

(6) CNTrab., sala VII, 27/03/2003, “Pereyra Leandro c. Servicios de Almacen Fiscal Zona Franca y Mandatos”, AR/JUR/2058/2003.

(7) CNTrab., sala X, 17/11/2003, “Villarruel Roxana c. Vestiditos”, AR/JUR/4700/2003.

(8) CCrim., sala VI, 14/06/2010, “Rubiero Rosendo y otros”.

(9) CCrim., sala IV, 15/11/2004, “Redruello Fabián y otros”, AR/JUR/5277/2004.

(10) CFed., sala I, 28/04/2009, “Farrías Diego s/ procesamiento”, Cita Online: 70052870.

ma protección que el domicilio, por lo que el empleado tenía expectativa de privacidad de que no se abriera su *locker*.

Se deben contemplar, como resultado posible de las investigaciones, reacción y remediación, responsabilidad disciplinaria, autodenuncia, acciones civiles, aplicación de penalidades y terminaciones contractuales.

Dado que el legislador ha enfatizado especialmente la necesidad de la aplicación de sanciones frente a infracciones, dispone que es indispensable que las sanciones por infracciones al Código de Ética estén claramente establecidas por escrito y sean pertinentes y proporcionales y se establezca una política disciplinaria justa, clara y transparente.

**Contratos con terceros:** Se deben establecer procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.

Requiere procesos de *due diligence* sobre terceros al momento de contratar sus servicios y durante la relación comercial y un sistema de investigación interna.

Independientemente de la disposición citada, actualmente es habitual y recomendable la inclusión de la cláusula de *compliance* en contratos entre privados, orientada precisamente a comprobar la integridad y trayectoria de los terceros y socios de las empresas.

Dicha práctica se extiende no solo a los privados que celebren contratos con la Administración Pública, sino a vinculaciones entre empresas privadas entre sí, por ejemplo, en sus relaciones con terceros, socios y proveedores.

#### IV.3. Otros contenidos laborales de los PI

Entre los contenidos laborales recomendables de un PI está el de atenerse a los principios laborales del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, concretamente a la guía conteniendo sus principios laborales, que remite a la declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo.

La guía contiene los siguientes cuatro principios (que parcialmente coinciden con algunos de los recomendados por la res. 27/2018):

- a) libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- b) eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

Dado que dicho documento también refiere que de las normas internacionales del trabajo se desprenden otros principios, tales como los correspondientes al área de seguridad y salud en el trabajo, el empleo y la capacitación; que son también contenidos laborales recomendables para los PI.

#### IV.4. Colisión con prácticas o convenios colectivos de trabajo

Ciertas prácticas e incluso disposiciones contenidas en convenios colectivos podrían colisionar con principios de integridad.

Por ejemplo, existen convenios colectivos de trabajo que establecen que para contrataciones laborales o para cubrir vacantes las empresas deben recurrir a las *bolsas de trabajo* de los sindicatos respectivos y que solo si los sindicatos no proponen candidatos, las empresas se encuentran en condiciones de cubrirlos con personas de su elección.

Dichas disposiciones parecerían estar en contradicción con el sentido democrático al que cada vez con mayor énfasis se orientan las relaciones laborales, donde la obtención de empleo debería relacionarse con los méritos y talentos de los postulantes y no con su vinculación a organizaciones sindicales.

Si bien no tenemos registro de que se hubiesen presentado controversias concretas al respecto, nos inclinamos a pensar que de presentarse algún conflicto ante la Justicia, debería decidirse por el acceso al empleo en condiciones de igualdad.

#### V. Investigaciones

Una empresa podría verse obligada a realizar una investigación referida a cuestiones de integridad.

Dicha investigación podría o no tener vinculación con delitos penales en los términos de la LRPE.

En efecto, una empresa podría verse obligada a realizar una investigación ante la denuncia de un empleado —o incluso un tercero— o en el marco de una auditoría, con vinculación a un tema que no importe ilícito penal, como por ejemplo ante casos de acoso laboral o profesional o ante supuestos de discriminación o por afectación de derechos de género. Cabe mencionar que Fernanda M. Planes (11) nos dice que “en la actualidad la mayor cantidad de denuncias recibidas por el canal son de acoso sexual y laboral”.

Si bien tales denuncias no importarían estrictamente casos de *compliance* en los términos de la LRPE —que aplica a delitos contra la administración pública y el soborno—, la empresa no podría desentenderse y actuar como si nada hubiese sucedido. Como decimos, se vería obligada a realizar la correspondiente investigación.

La investigación *propiamente dicha* puede recurrir a cualquier género de pruebas. Conforme surge de la res. 27/2018, lo relacionado con la forma en que se lleve a cabo la *investigación* es central para poder luego usar las pruebas en un proceso judicial.

Si bien no obligatorio, es recomendable utilizar los servicios de un escribano público a fin de autenticar impresiones de correos electrónicos, páginas *web* y documentos, y tomar declaraciones a otros empleados o individuos que puedan aportar información sobre los hechos investigados.

Cabe al respecto tener en consideración lo decidido en “García, Delia” (12), donde se declaró admisible como prueba el acta labrada en presencia de escribano público y del empleado a quien se le solicitó la contraseña.

En el marco de tales investigaciones no debería requerirse de las personas investigadas ni respecto de otros empleados y terceros información personal que no fuera estrictamente necesaria y relacionada con su objeto. No debería tampoco requerírseles que proporcionen información sensible.

La pregunta que se impone es si el empleado tiene la obligación de declarar en el marco de una investigación interna o si, por el contrario, puede excusarse de hacerlo.

Coincidimos con Francisco Castex (13) en que “en el marco de una relación laboral los empleadores se encuentran facultados para conversar con sus empleados y consultarles acerca del estado de los negocios y las gestiones que llevan adelante, como también a requerirles explicaciones sobre las irregularidades detectadas dentro de la estructura”; y que, “en contrapartida, forma parte de las obligaciones del empleado informar a su empleador respecto de las tareas que realiza y aportar toda la información de que dispone como consecuencia del vínculo nacido de la relación laboral, pues de lo contrario podría incumplir deberes contractuales”. Concluye en que “el derecho a no declarar contra uno mismo en estos supuestos entonces carece de sentido; el empleado tiene entre sus obligaciones laborales informar sobre el trabajo que desempeña y el empleador tiene derecho a esa información”.

Diferente puede ser la situación en supuestos de investigaciones sobre infracciones o hechos ilícitos. Dice el autor precedentemente citado que en estos casos el empleado afectado podría abstenerse de declarar, dado que sus manifestaciones podrían autoincriminarlo.

A los fines de poder utilizar las pruebas respectivas en un eventual proceso judicial, es prudente seguir su recomendación en cuanto a que “lo ideal al entrevistar al trabajador es comunicarle debidamente cuál es el propósito de la entrevista, su situación legal y los derechos que lo amparan; y, sobre todas las cosas, el destino que la empresa pretende darle a su declaración. De esta forma, al advertirle claramente las pretensiones y la posición de la compañía, se evitará vulnerar los derechos del trabajador y su posible autoincriminación. Recuérdese que la prueba aportada a un proceso penal solo será válida en tanto y cuanto cumpla con los estándares del debido proceso, es decir, que no haya sido obtenida mediante violencia, engaño o de forma subrepticia”.

En el punto, resulta apropiado traer a colación lo resuelto en la causa “Skanska” (14), donde se admitió la grabación efectuada de uno de los gerentes de la empresa en el marco de una investigación con su auditor—de la que se desprendía el pago de comisiones indebidas—, por cuanto se consideró que no surgía: a) que los dichos del declarante hubieran sido inducidos por el ocultamiento de la grabación; b) aun de desconocer que estaba siendo grabado, sabía que estaba siendo entrevistado por el auditor de la empresa en el marco de la investigación; y c) el declarante carecía de expectativa de confidencialidad y no fue sometido a ninguna presión.

*Proceder recomendable ante denuncia de otro empleado —o tercero— por tema que no importe un ilícito penal:* Ante una denuncia por un tema que no importe un ilícito penal, las me-

didias que una empresa podría/debería tomar se proyectan en los siguientes planos:

— De cara a la organización, tomar el tema seriamente, investigar y adoptar las medidas que pudieran corresponder.

— En relación con (el o) los empleados objeto de la investigación, aplicando —de ser necesario— las sanciones que la naturaleza de sus incumplimientos pudiera determinar.

— Con vinculación (al o) a los empleados afectados, adoptando las medidas necesarias a fin de prevenir todo acto susceptible de crearles situaciones de malestar o que puedan afectarlos.

El empleador debe exteriorizar una postura firme en cuanto a que la empresa exige de todos sus empleados y colaboradores respeto recíproco y que no tolerará acto alguno que vaya contra tales postulados.

Adicionalmente y dependiendo de las características y particularidades del caso, debería considerar decisiones en el plano operativo, estableciendo una separación física y funcional entre (el o) los empleados afectados y los “agresores”. Deseablemente, debería disponer que trabajen en lugares físicos separados y que no tengan entre ambas partes relaciones jerárquicas o laborales. De ser necesario introducir modificaciones —modificar lugares de trabajo o tareas—, tales cambios no deberían afectar a la víctima.

Fundamentalmente, debería hacerse saber al empleado afectado las decisiones adoptadas por la empresa, siendo deseable dejar constancia escrita de tales medidas.

De considerar (el o) los empleados afectados que la empresa no adoptó las disposiciones adecuadas, podrían considerarse en situación de despido indirecto y reclamar no solo las indemnizaciones legales regulares sino también por daño moral, lo que así fuera reconocido a través de diversas decisiones judiciales.

Así, en el juicio “Gómez, Laura Melisa” (15) se decidió que como quedó acreditado que el empleador tenía conocimiento del maltrato de los supervisores para con los empleados, en especial con la accionante, y que uno de ellos la acosaba sexualmente y, sin embargo, nunca tomó medidas a fin de que sus subordinados cesaran con el hostigamiento, debe responder por el despido indirecto.

De forma similar, en “Jerez, Nicolás Martín” (16) se consideró que estando acreditado que las condiciones en el ambiente de trabajo eran objetivamente nocivas y hostiles, y que la demandada no tomó medida preventiva o sancionatoria alguna, la pretensión resarcitoria incoada por el trabajador es procedente —en el caso, por daño moral, psíquico y tratamiento psicológico—, pues más allá de que esa situación no configura la tipicidad de *mobbing*, por estar ausente el componente subjetivo perverso e intencional que esa figura requiere, el empleador no cumplió con su deber constitucional de garantizar condiciones dignas de trabajo ni la obligación legal de seguridad e higiene en el empleo, conforme lo exigen el art. 14 bis de la CN, art. 75 de la ley 20.744 y art. 4º, apart. 1 de la ley 24.557.

Similar orientación tuvo la justicia en “B. H. J.” (17), oportunidad en la cual resolvió que correspondía responsabilizar a la empleado-

#### { NOTAS }

(11) PLANES, Fernanda M., “Compliance y derecho laboral”, cit., p. 60.

(12) CNTrab., sala X, 13/08/2003, “García Delia c. YPF”, AR/JUR/1370/2003.

(13) CASTEX, Francisco, “Responsabilidad penal de

la persona jurídica y *compliance*”, cap. V, “Compliance y proceso penal. Investigaciones internas y denuncias”, ps. 210 y ss.

(14) CFCasación Penal, 13/04/2016, sala IV, “Skanska SA”, AR/JUR/27905/2016.

(15) CNTrab., sala III, 24/08/2011, “Gómez, Laura Melisa c. Limpolux SA s/ accidente - acción civil”, LA LEY Online, AR/JUR/47445/2011.

(16) CNTrab., sala II, 27/04/2012, “Jerez, Nicolás Martín c. Icona SA y otro s/ *mobbing*”, AR/JUR/26188/2012.

(17) CNTrab., sala I, 31/05/2012, “B. H. J. c. Alavera SA y otro s/ *mobbing*”, DT 2012 (julio), p. 1765; IMP 2012-9-252; DJ del 14/11/2012, p. 55; AR/JUR/25008/2012.

ra por los daños y perjuicios derivados del acoso laboral que sufrió un trabajador por parte de su superior jerárquico, quien incurrió en acoso verbal suficientemente grave y en abuso de autoridad, pues ello generó un daño al trabajador que, además, se vio agravado en tanto buscó ser escuchado por autoridades de la demandada —en el caso, presentó una nota suscripta por compañeros de trabajo—, sin que se hubieran adoptado las medidas para poner coto a los excesos del dependiente en cuestión.

**Proceder laboral recomendable ante un ilícito penal:** De acreditarse su existencia, en nuestro parecer y de configurarse los extremos de procedencia, desde un punto de vista estrictamente laboral es recomendable la desvinculación del empleado imputándole pérdida de confianza, evitando la invocación de ese delito penal.

De optarse por despedir invocando delito penal, la cuestión queda librada a las resultas del proceso penal, donde debería acreditarse que el dependiente fue autor, cómplice o partícipe necesario, precisamente de un delito criminal. Si la denuncia es desestimada o el empleado sobreseído, el empleador deberá reincorporarlo y satisfacer el pago de los salarios durante la suspensión.

Puede presentarse una situación particular cuando no media condena penal por la suspensión del juicio criminal. En tal contexto, en autos “Gette” (18) se consideró que el requisito de condena penal no resultaba exigible, por cuanto en dicha causa no se pudo arribar a condena por la decisión del imputado de reparar los perjuicios ocasionados mediante la suspensión del juicio a prueba.

Diferente es la situación si se opta por despedir invocando incumplimiento laboral, bastando en tal supuesto acreditar la injuria laboral, independientemente del curso de la acción penal.

El empleador puede elegir la vía de la suspensión preventiva de la relación laboral por denuncia criminal del empleador (art. 224 de la LCT), aun sin mediar arresto del empleado, en cuyo caso reserva la decisión a las resultas

del proceso penal. También puede optar por la suspensión precautoria —no regulada expresamente, pero reconocida doctrinaria y jurisprudencialmente—, a fin de realizar una investigación, la que en ningún caso podrá ser superior a 30 días y estar justificada en la naturaleza del hecho que se investiga.

**Efectos de una investigación en el plano laboral:** Si de resultados de ella se determina que el proceder atribuido al empleado importa injuria que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación en los términos del art. 242 de la LCT, el empleador podría desvincularlo con invocación de causa. Dicha norma exige que las sanciones deben ser proporcionales a las faltas cometidas, de modo que exista cierta correlación entre la importancia y gravedad de la falta y la sanción.

Si bien todo lo relacionado con la aplicación de sanciones es materia de opinión, los jueces son especialmente exigentes a la hora de considerar la existencia de injuria laboral que habilite a dar por concluida una relación laboral, especialmente en caso de empleados con antigüedad significativa.

Por tal motivo, debe analizarse en caso particular si resulta viable el despido con causa del empleado o si cabe la aplicación de una sanción menor.

Si bien la res. 27/2018 recomienda el establecimiento de un régimen de sanciones, se sugiere analizar en cada caso puntual la sanción que se proyecta aplicar, evitando la tentación de establecer sin más la sanción contemplada por el PI. Cabe al respecto señalar que un juez en un caso concreto puede resolver que una sanción disciplinaria establecida en un manual de empresa no se ajusta a la normativa de aplicación, por considerar: a) que el hecho en sí mismo no tiene suficiente gravedad como para importar la aplicación de una sanción; b) que aun de ser lo suficientemente grave, no amerita la aplicación de una sanción en el caso concreto, por tratarse, por ejemplo, del caso de un empleado con muchos años de antigüedad sin sanciones previas; c) que aun de ser lo suficientemente grave no amerita la aplicación de la sanción contemplada en el manual de la empresa.

La jurisprudencia tiene dicho que la justicia no está obligada a seguir las faltas y sanciones establecidas en una política empresarial, señalando que solo los jueces se encuentran habilitados a evaluar la corrección de las sanciones aplicadas por una empresa.

Así, en “Segovia” (19) se decidió que no son vinculantes las normas que establezcan supuestos concretos de justa causa de despido que operen automáticamente, ya que una jerarquía superior (art. 242 de la LCT) define, con carácter general, el perfil de la “injuria” legitimante del despido sin responsabilidad indemnizatoria.

En otro plano, resultan procedentes las preguntas que se formula Horacio Cacciatore (20), quien indaga acerca de qué sucede si de la investigación realizada existen dudas razonables respecto al obrar de su dependiente, “pero no se llega a la determinación de la autoría o participación en la comisión de un delito contemplado en la ley 27.401: ¿ello implicaría la pérdida de confianza?, ¿habilitaría el despido con justa causa?”.

Dependiendo de las circunstancias el empleado que se sienta injustamente afectado por una investigación del empleador podría considerarse en situación de despido indirecto.

Este autor también nos dice que el empleado afectado por un delito o proceder del empleado a título de dolo o culpa grave podría iniciar una acción de daños, afirmando que resulta “controvercial” si el reclamo podría fundarlo en el daño en la imagen y la reputación de la empresa.

## VI. Conclusiones

— Si bien en la LRPE la idea de *compliance* se encuentra emparentada casi exclusivamente a cuestiones de derecho penal, entendemos que las correctas prácticas corporativas no deberían prescindir del adecuado cumplimiento de la normativa laboral.

— Consideramos recomendable que las personas jurídicas adopten una cultura de integridad respecto de los temas laborales, a cuyo respecto deberían llevar a cabo las acciones correspondientes —típicamente una auditoría laboral— a los fines de conocer e identificar sus riesgos y contingencias laborales, de modo de permitirles adoptar

las medidas necesarias para cumplir con las normas de tal naturaleza.

— Las empresas deberían elaborar el PI adecuado en relación con los riesgos propios de su actividad, dimensión y capacidad económica, siguiendo los lineamientos contenidos en la res. 27/2018 y los recomendados en este documento.

— De presentarse cuestiones de *compliance*, sea que importen o no ilícito penal en los términos de la LRPE, la empresa deberá realizar la investigación correspondiente, prestando especial atención a la forma de coleccionar las pruebas, de modo que no puedan ser observadas en un eventual proceso judicial.

— Adoptar las medidas laborales que la naturaleza del tema involucrado pudiera demandar, analizando en cada caso la sanción que se proyecta aplicar, evitando establecer sin más la sanción contemplada por el PI, dado que la justicia podría no seguir las faltas y sanciones establecidas en la política empresarial.

Cita on line: AR/DOC/313/2020

## MÁS INFORMACIÓN

**Bomczuk, María**, “Compliance en pequeñas y medianas empresas”, SupAbCorp 2019 (diciembre), 1, AR/DOC/4046/2019

**Tomaselli, Pablo L.**, “Compliance en empresas multinacionales. Formalismo vs efectividad en una decisión de la SEC (Securities and Exchange Commission de los EE.UU.)”, SupAbCorp 2019 (noviembre), 1, AR/DOC/3666/2019

**Barbuto, Alberto S.**, “Los lineamientos del Programa de Integridad aprobados por la resolución 27/2018: desafíos para las empresas, los abogados y para las agencias del sistema penal a la luz de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley 27.401)”, ADLA 2018-11, 3, AR/DOC/2302/2018

**Papa, Rodolfo G.**, “Cuestiones generales en el tratamiento de un programa de integridad”, LA LEY, 2018-E, 1152, AR/DOC/2248/2018

## LIBRO RECOMENDADO

**Tratado de Compliance**

Director: Sacconi, Raúl R.; Morales Oliver, Gustavo L.

Edición: 2018

Editorial: La Ley, Buenos Aires

## { NOTAS }

(18) CNTrab., sala IV, 22/10/2010, “Gette, Mónica Alicia c. Discolor Argentina SA”.

(19) CNTrab., sala VI, 10/12/1987, “Segovia Ramón Pacífico c. Hoteles Sheraton de Argentina

SA”, AR/JUR/1061/1987.

(20) CACCIATORE, Horacio, “Compliance. Responsabilidad penal empresarial”, p. 404.

## \_COLUMNA DE OPINIÓN

### La ley 27.544 de Sostenibilidad de la Deuda Pública

#### ● VIENE DE TAPA

escasos treinta y tres meses de gobierno. De allí en adelante, los sucesivos gobier-

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado. Docente regular en la Universidad Nacional del Comahue, carrera de Economía y Administración, materia Concursos y Quiebras. Codirector del Postgrado de Sindicatura Concursal en la Universidad Nacional del Comahue. Profesor en la Universidad de Salta, Delegación Neuquén, curso de postgrado de Dirección Estratégica, materia Derecho Empresario.

(1) Año 1824, intervino como su gestor el ministro de Gobierno de aquel entonces, Bernardino Rivadavia.

(2) 1.000.000 de libras esterlinas.

nos militares multiplicaron por cuarenta la deuda externa argentina, hasta llegar a los U\$S 44.000 millones en el año 1983. Así comienza el ciclo actual de la democracia argentina, que acumula al finalizar el mandato del presidente Menem la suma cercana U\$S 150.000 millones, la cual se acrecentó —sin incluir la deuda en moneda nacional— durante los dos años posteriores del gobierno de Fernando De La Rúa, hasta desembocar en el *default* (5) de mayor monto de la historia moderna, luego superado por Grecia.

(3) GALASSO, Norberto, “De la Banca Baring al FMI: Historia de la deuda externa argentina”, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2003, p. 28.

(4) Ver <https://museodeladeuda.econ.uba.ar>. Paradójicamente, la Argentina cuenta con un museo de la deuda pública, evidenciando con ello la importancia y las consecuencias que ella ha tenido en la historia nacional.

(5) En el año 2001 la Argentina declaró el *default* más importante de la historia moderna, en torno a su magnitud económica.

(6) Las históricas dificultades que tiene el país para

## II. ¿Por qué de nuevo?

Analizando el nuevo marco del endeudamiento público argentino y bajo la condicionalidad histórica de la llamada “restricción externa”, (6) punto macroeconómico (7) nacional, el proceso de endeudamiento público se estructura mediante un fuerte desfinanciamiento del Estado nacional (8), al eliminar las retenciones a la exportación y la obligación de los exportadores a liquidar divisas (9) (dólares) en el Banco Central. Esta limitación restrin-

acceder a las divisas extranjeras con las que se adquieren los principales bienes y servicios importados, en tanto ellas son la referencia del mercado mundial, condiciona el crecimiento de aquel. Esa restricción se acrecienta si consideramos además las dificultades para estabilizar la moneda nacional que observamos en los últimos 45 años.

(7) La evaluación de los indicadores globales de toda la economía para estudiar las variables agregadas de ella.

(8) Una de las primeras medidas de la gestión del

gobierno anterior fue la eliminación de las retenciones móviles al sector exportador agropecuario mediante dec. 133/2015 del 17/12/2015.

(9) En el año 2016 fue extendiendo sucesivamente los plazos para liquidarlas, y en el 2017 dispuso la postergación sin plazo de la obligación.

(10) Tasas de interés en dólares que duplicaban las ofrecidas por Bolivia, o superiores a las de Nigeria o Tanzania, o un bono en dólares a 100 años de plazo por U\$S 2750 con un interés real del 7,9% anual.

de interés que se incrementaron constantemente (11) impactando en la economía real, en tanto la banca nacional prestaba a los operadores económicos a tasas exorbitantes o finalmente no prestaba, ya que era mucho más rentable dar crédito al Estado. Lógicamente la actividad económica se deterioró y los ingresos fiscales disminuyeron sustancialmente, a pesar del simultáneo ajuste sobre las cuentas públicas que se llevaba adelante, para equilibrar esas diferencias. Además, esa política se complementó con una facilitación regulatoria (12) mediante el libre ingreso y egreso de capitales financieros especulativos (13) que cambiaban sus dólares, compraban títulos de deuda en pesos a exorbitantes tasas de interés, los acumulaban a través de su devengamiento en períodos de pocos meses y recompraban dólares en el BCRA para salir del país con utilidades desconocidas para un país del porte de la Argentina (14). Cuando los operadores financieros internacionales advirtieron el colapso de la Argentina y la permanente devaluación del peso y la ausencia de reservas suficientes en el BCRA a quien recomprar los dólares para la salida, iniciaron una fuerte fuga en los inicios del año 2018, que derivó en el desesperado rescate del FMI (15). El destino de los fondos aportados —como habitualmente sucede con el organismo en tanto la experiencia histórica así lo demuestra— fue facilitar la salida de los inversores rezagados e incluso utilidades de compañías locales (nacionales y extranjeras) ante la ausencia de divisas en el BCRA (16).

De esta forma se gestó sintéticamente la crisis financiera, económica y social de la Argentina actual, que nos coloca en una nueva reestructuración de deuda soberana, hoy la más importante en curso.

### III. La nueva reestructuración, un *default* y la Ley de Sostenibilidad que los ampara

Las condiciones financieras, económicas, políticas y geoestratégicas, para la Administración nacional que acaba de iniciar sus funciones, resultan notoriamente diversas a las existentes al declarar el *default* del año 2001 (17).

Si bien advertimos que el gobierno nacional inició su discurso público en torno a un acuerdo amigable con los acreedores —especialmente los fondos de inversión—, este fue virando hacia la dureza (18), abonado ahora por el respaldo del FMI, el cual resultó convulsionado internamente por el llamado “caso argentino” (19). Aun sin declarar el *default* (20), dicha posibilidad no es improbable si el resultado de las negociaciones preliminares no resulta satisfactorio. Sin perjuicio de ello, el gobierno nacional intenta arribar a un acuerdo amigable con los acreedores, tanto institucionales como privados (21). Notorias resultan las conclusiones del encuentro de ministros del G-20 celebrada en Riad —Arabia Saudita— (22), donde se instó a hacer sostenible la deuda pública (23) y analizar el enfoque contractual para la resolución de la crisis, con la participación de acreedores oficiales y privados.

La nueva reestructuración incorpora novedades económicas, teóricas y políticas en su debate. Económicas, en tanto que, para los especialistas en endeudamiento público, los gobiernos que reestructuran sus obligaciones deben formular primeramente un plan (24), un plan que fiscalmente explique de dónde saldrán los recursos, en qué porcentajes, durante qué plazo, para afrontar los pagos emergentes de un acuerdo de reestructuración. En este caso, el gobierno nacional ha decidido postergar dicha formulación en tanto se desconocen los términos

de los eventuales acuerdos de reestructuración a los fines de formular las provisiones fiscales para ello. De esta forma, se posterga evidenciar el eventual ajuste fiscal o las provisiones económicas de ingresos para “mostrar” una hoja de ruta de recursos futuros con que atender los compromisos y se inicia la negociación de otra forma: evidenciando la impotencia financiera y formulando las propuestas de pago (que se realizarán en el mes de marzo) para luego exhibir el plan económico ya diseñado (25), y los flujos disponibles para atender los compromisos. De esta forma se trata de una apuesta, acaso voluntarista, pero con un claro sesgo que elude *a priori* el ajuste fiscal.

Otra de las novedades de la reestructuración argentina es el debate que se ha instalado respecto de la responsabilidad del FMI en el otorgamiento del “megapréstamo” a la República Argentina. No solo —como explicáramos— por su volumen, la rapidez en su otorgamiento, el compromiso sobre el patrimonio total del organismo, la superación amplia en el monto del cupo que le correspondía a la Argentina por el tamaño de su economía —situación que viola sus normas internas— y sus cuotas de participación en él, sino también por el destino de los fondos y la posibilidad de realizar una quita sobre el capital prestado a un soberano.

El destino de los fondos del FMI está precisado en su reglamento (26), en su convenio constitutivo (27) y las condiciones que regulan el uso de los fondos asistidos se fija en este último (28), y en tanto por los sucesivos informes del Banco Central de la República Argentina, de los años 2018 y 2019, dichos fondos no se han direccionado a estimular el crecimiento económico, ni el equilibrio de la balanza de pagos, y menos aún dotar al BCRA de reservas suficientes para estabilizar esta, sino que en

buena medida han salido del sistema a través de ventas masivas del BCRA (29).

Respecto de la quita de deuda sobre el capital al FMI, se ha generado un debate en torno a las declaraciones de la vicepresidenta de la Nación, Cristina Fernández, acerca de que el organismo debería considerar una quita de deuda. La directora gerente de FMI (30) ha dicho que no es posible realizar quita dada la condición de prestamista de última instancia del FMI (31), pero lo cierto es que ni el convenio constitutivo ni el reglamento del FMI prevén un clausula taxativa que lo impida. Por cierto, tanto en el año 2005 como por estas horas (32), tanto el FMI como el Banco Mundial han formalizado quitas y perdones de deuda a países pobres o con graves dificultades económicas, en el marco de la iniciativa denominada HIPC.

Sobre este cuadro de situación, el gobierno dictó la ley 27.544 llamada de “restauración de la sostenibilidad de la deuda pública bajo ley extranjera”.

### IV. Previsiones y alcances de la norma

El Poder Ejecutivo cuenta con una norma matriz para el tratamiento de la deuda pública (33), juntamente con la Constitución Nacional, la cual establece entre las facultades del Poder Ejecutivo y Legislativo gestionar la administración del país y arreglar el pago de la deuda pública, como asimismo contraer empréstitos (34). En ese marco y con el objeto de generar un fuerte apoyo político y seguridad jurídica sobre los actos de Administración Pública que conllevaran la renegociación, el Ejecutivo obtuvo un contundente apoyo para formalizar las directivas legales necesarias que le posibiliten negociar ampliamente —y con escasas restricciones— a través de la ley 27.541 de Emergencia Pública (35).

### { NOTAS }

(11) El Estado argentino llegó a pagar el 104% anual por intereses de Leliq.

(12) Justamente por la eliminación de las regulaciones existentes.

(13) Se eliminaron todas las restricciones de ingreso y egreso de divisas, incluso temporales, sin necesidad de mantener la divisa en el país un tiempo determinado. Técnicamente, implica la liberación de la cuenta de capital. Los riesgos, efectos, consecuencias y resultados de estas políticas fueron explicadas por este autor en una copiosa acumulación de notas periodísticas en el diario *Río Negro* —*www.rionegro.com.ar*— desde el mes de septiembre del año 2015 hasta finales del año 2019. También lo advertimos en el mes de abril del año 2018 de la revista *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar: “Mercado de cambios para todos o el regreso del bimonetarismo; a propósito de la comunicación A BCRA 6436”: “La medida adoptada, en el marco de una intensa fuga de capitales, endeudamiento en moneda extranjera en forma acelerada y déficit fiscal impulsado por intereses de deuda y desfinanciamiento del Estado generan un coctel delicado que oportunamente habrá que abordar no sin dolores intensos. Es necesario considerar los antecedentes históricos (me refiero a parte de las décadas de 1970 y 1980 y ciertamente 1990 hasta la crisis del 2001) de nuestro país, su posición en el mundo y la propia política macroeconómica actual para estar advertidos de los riesgos abordados”.

(14) La Argentina presume de integrar el G-20, donde se encuentran las veinte economías supuestamente más desarrolladas del mundo.

(15) Se trató del préstamo más grande en la historia del organismo, que casi cuadruplicó el cupo que corresponde a la República Argentina por el tamaño de su economía, lo cual significó una primera violación a su normativa: el monto hasta la fecha compromete un porcentaje sustancial del patrimonio del FMI.

(16) Los informes del BCRA indican que la salida de divisas en el año 2018 fue la más alta desde el año 2002 U\$S 27.320 millones y en el 2019 U\$S 26.870.

(17) Las situaciones entre aquel incumplimiento de pagos y esta pretensión de acuerdo voluntario de reestructuración de deuda pública son diferentes

en el entorno político (el 2002 evidenciaba un vacío institucional y de poder político evidente), económico (el porcentual de deuda sobre PBI resultaba sensiblemente superior a la actual), la disponibilidad crediticia y las tasas de interés eran menos abundante con porcentajes más altos que las actuales, el precio de las materias primas (los productos transables argentinos) se fue incrementando sensiblemente en su valor en los mercados internacionales (lo cual beneficio notablemente a nuestro país) y no existía la astringencia de comercio internacional actual, fruto de un proteccionismo que llega por efecto del vacío de consumo y producción que provocó la crisis del año 2008, el que aún se mantiene. Por otro lado, el deterioro notable de las monedas del comercio internacional (dólar, euro, yen) a través de su depreciación, van configurando un nuevo sistema monetario que comienza a avizorarse con claridad. Resulta además inocultable la existencia de una crisis financiera de magnitud, que se ha venido ocultando mediante una desenfrenada emisión monetaria, la cual no responde a valores reales sino a la real “gratuidad” del dinero que se imprime, para los actores principales de las finanzas internacionales.

(18) Se habló de “sacrificios significativos”, “hay que prepararse para una frustración” y otras calificaciones que marcan los encuadres y eventuales límites de la negociación.

(19) Su *staff*, desde la ex directora gerente, el subdirector gerente, como la totalidad de los integrantes de la misión en la Argentina, han cesado en sus funciones luego de la debacle evidenciada por el país, al muy corto plazo de formalizado el mayor apoyo financiero del FMI en su historia de creación. La decisión geopolítica de su miembro principal —los EE.UU.— de apoyar al gobierno existente en ese entonces está generando aireados debates entre los países miembros, especialmente europeos y asiáticos.

(20) Incumplimiento voluntario —forzado o no— del pago de las obligaciones.

(21) Me refiero al cúmulo de acreedores institucionales (FMI, Banco Mundial, Club de París, BID, Corporación Andina, etc.) y los privados (principalmente, fondos de inversión y en menor medida bancos).

(22) Los días 22 y 23 de febrero del 2020.

(23) Nótese que el término “sostenible” coincide con las normas dictadas por el gobierno nacional en torno al tema.

(24) Ver por ejemplo la opinión del economista Daniel Marx, quien participó activamente en el proceso de endeudamiento y reestructuración de la deuda pública argentina en la década de 1980/1990, diario *El Cronista Comercial*, 18/02/2020, *idem* editorial del *Financial Times* del día 17/2/2020.

(25) Acaso con la complacencia del FMI y los bonistas, lo cual parece una consecuencia lógica de las amplias facultades que se otorgan al Ministerio de Economía de la Nación en la ley 27.544 de Sostenibilidad de la Deuda Pública Emitida en Moneda Extranjera.

(26) L-Transferencias de capital L-1. En caso de que en un país miembro esté produciéndose una salida cuantiosa o continua de capital: a) el país miembro, o cualquier otro país miembro, podrá notificarlo al Fondo presentando la información que estime necesaria, y podrá solicitar la opinión del Fondo sobre dicha salida de capital, y b) el Fondo podrá presentar al país o países miembros a los que concierna un informe en el que exprese sus puntos de vista, y podrá también solicitar del país o países miembros que le informen sobre la situación dentro de un plazo razonable. L-2. En caso de que el Fondo haya pedido a un país miembro que ejerza medidas de control a fin de evitar que los recursos generales del Fondo se utilicen para hacer frente a una salida cuantiosa o continua de capital, el Fondo solicitará del país miembro que le informe prontamente y con detalle sobre las medidas que haya adoptado.

(27) Art. VI, Sección 1. Uso de los recursos generales del Fondo para transferencias de capital a) Salvo en el caso previsto en la Sección 2 de este artículo, ningún país miembro podrá utilizar los recursos generales del Fondo para hacer frente a una salida considerable o continua de capital, y el Fondo podrá pedir al país miembro que adopte medidas de control para evitar que los recursos generales del Fondo se destinen a tales medidas de control pertinentes, el Fondo podrá declararlo inhabilitado al fin. Si después de haber sido requerido a ese efecto el país miembro

no aplicara las para utilizar los recursos generales del Fondo.

(28) Art. V, Operaciones y Transacciones del Fondo. Sección 3. Condiciones que regulan el uso de los recursos generales del Fondo a) El Fondo adoptará normas acerca del uso de sus recursos generales, incluso sobre los acuerdos de derecho de giro (*stand-by*) u otros acuerdos semejantes, y podrá adoptar normas especiales referentes a problemas específicos de balanza de pagos que ayuden a los países miembros a resolverlos de modo compatible con las disposiciones de este Convenio y que establezcan garantías adecuadas para el uso temporal de los recursos generales del Fondo.

(29) El año 2019 fue públicamente evidente en tanto se sucedían durante semanas ventas diarias de U\$S 300 o 400 millones de dólares que fueron agotando las reservas internacionales.

(30) Kristalina Georgieva: “Somos un prestamista de último recurso para aquellas naciones que están en una situación desesperada. Esto significa que todos los miembros deben estar seguros de que el dinero que prestamos se reembolsa, para que podamos continuar brindando este colchón al mundo. Nuestra redacción legal es tal que no podríamos tomar medidas que puedan ser posibles para otros sin esta gran responsabilidad global”, 17/02/2020, *www.bloomberg.com*.

(31) Algunos nominan esta condición y calidad como la de “acreedor privilegiado”.

(32) El caso de la República de Somalia donde se analiza un perdón parcial de deuda dados su insostenibilidad y el riesgo de importa para el sistema financiero global, en tanto existen otros estados en similar situación donde se aborda actualmente dicha solución.

(33) Me refiero a la ley 24.156 de Administración Financiera.

(34) Arts. 75, incs. 4º y 7º, y 99, inc. 1º.

(35) Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, art. 1º: Declarase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la CN,

La sostenibilidad que titula la ley importa hacer viable el mantenimiento regular de las obligaciones asumidas, sin deteriorar las condiciones macroeconómicas de la Argentina. El art. de la ley 27.541 de Solidaridad Social establece claramente un límite macroeconómico a la sostenibilidad: “crear condiciones para que la sostenibilidad de la deuda pública —sin discriminar entre la emitida en moneda extranjera o nacional— sea compatible con la recuperación de la economía productiva y la mejora en los indicadores social básicos.

Nótese que el art. 1º de la ley 27.544 declaró como “prioritaria” la restauración de la sostenibilidad de la deuda, lo cual explica que se torna actualmente como política de Estado esencial, en consonancia con las finalidades establecidas en la Ley de Solidaridad Social.

Asimismo, el artículo individualiza como deuda objeto de la reestructuración la emitida “bajo ley extranjera”, cuando en realidad el Estado nacional ha postergado a la fecha el pago de deuda incluso en moneda nacional con legislación local (36). La reestructuración entonces abarca obligaciones en moneda nacional y moneda extranjera, tanto emitidas con jurisdicción local como internacional. Esto es importante en tanto existe deuda emitida en moneda nacional (o incluso en doble moneda, p. ej., el bono dual) actualizada según la variación del tipo de cambio (dólar), la cual definitivamente no debe quedar fuera de la reestructuración (37). Más aun considerando que fondos de inversión de deuda en *distressed* (38) han adquirido esos bonos en los últimos meses.

El artículo finaliza con la facultad del Poder Ejecutivo de determinar “los montos nominales alcanzados” por la reestructuración, lo cual indica que ella puede ser parcial, es decir, se faculta al Ejecutivo a reestructurar toda o una parte de la deuda emitida.

En el art. 2º se otorga la facultad negociadora y como autoridad de aplicación al Ministerio de Economía, el cual —a través de sus dependencias— fija la calidad de autoridad de aplicación de la norma. En este punto la inmunidad política y jurídica que otorga la normativa es clara y precisa: se lo autoriza a incorporar en los documentos a suscribir con motivo de las diversas reestructuraciones (serán diversas ofertas y acuerdos según el tipo de bonos) cláusulas contractuales de prórroga de jurisdicción ante tribunales extranjeros (39).

Asimismo, se autoriza a renunciar a oponer la defensa de inmunidad soberana (40) ante tribunales extranjeros, exclusivamente en los reclamos donde se ha prorrogado la jurisdicción respecto de los contratos emergentes de la reestructuración y las operaciones de crédito público que se realicen. De esta forma, se repite una fórmula incorporada a los títulos de deuda emitidos en la gestión anterior (41), aunque limita la renuncia a la inmunidad de ejecución de ciertos bienes de la República (42), si bien por cierto no están excluidos bienes sensibles de dominio privado del Estado (43). Asimismo, se otorga (art. 4º) a la autoridad de aplicación amplias facultades para emitir nuevos títulos de deuda (44) y las condiciones

emergentes (45), como asimismo designar asesores y agentes financieros que actúan como coordinadores de la reestructuración y agentes colocadores de crédito público (46) fijando un porcentaje de comisiones para ellos del 0,1%, lo cual resulta un valor notoriamente inferior a los pagos realizados por este concepto por el gobierno anterior (47). Las facultades se amplían a la suscripción de contratos con diversos agentes fiduciarios, agentes de pago, información, agencias calificadoras de riesgo o todo otro agente que resulte necesario para las operaciones de administración de deuda y colocación de nuevos títulos, con intervención previa a la contratación de la Sindicatura General de la Nación (48). A la fecha, existe una puja intensa entre entidades internacionales de primera línea especializadas en reestructuraciones de deuda pública y privada, con el objeto de obtener la contratación de estos servicios por parte del Estado (49).

Asimismo, se autoriza al Ministerio de Economía de la Nación a realizar todos los gastos necesarios para la registración, la impresión, la registración, la distribución y la traducción de los prospectos sobre las características de los nuevos títulos. El prospecto es un documento legal que contienen las características y la información relevante de los títulos, para que el inversor o tomador de ellos tenga pleno conocimiento de las condiciones antes de tomar de decisión de aceptarlos. El agente colocador acerca al tenedor del título que se va a reestructurar el prospecto de emisión con las características del nuevo título (50), para ser detenidamente eva-

luado antes de aceptarlo o rechazarlo. El documento es legal y vinculante para el Estado argentino en tanto representa las obligaciones que este asume frente al receptor. Se excluye asimismo del pago de impuestos presentes y futuros a todas las operaciones comprendidas en la normativa (art. 5º), lo cual parecería incluir a los bonos reestructurados. Las previsiones presupuestarias a los fines de adecuarlas al pago de las nuevas obligaciones renegociadas son facultadas a la Jefatura de Gabinete, en tanto las erogaciones emergentes de las operaciones financieras están detalladas en la ley. Por último (art. 7º) la ley, como es de práctica desde la intensa actividad legislativa derivada de las crisis de deuda del año 2002, resulta calificada como de orden público, lo cual importa una norma que contiene un conjunto de principios rectores de carácter político, económico, moral y social, vinculados a la existencia y conservación del Estado nacional, que limita por cierto la autonomía individual. En las últimas décadas, el concepto y alcance jurídico del orden público ha blindado leyes nacionales y provinciales de consolidación o reestructuración de deudas (51), para dar estabilidad a las disposiciones emergentes.

Mediante la sanción de la norma reseñada, hemos iniciado la eventual reorganización del tercer ciclo de endeudamiento público argentino (52), el cual en este caso incorpora en un marco internacional de cambios notables particularidades específicas en torno a los actores de la temática.

Cita online: AR/DOC/557/2020

## { NOTAS }

con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020. Art. 2º: Establense las siguientes bases de delegación: a) Crear condiciones para asegurar la sostenibilidad de la deuda pública la que deberá ser compatible con la recuperación de la económica productiva y con la mejora de los indicadores sociales básicos...”. Art. 3º: Facultase al Poder Ejecutivo nacional a llevar adelante las gestiones y los actos necesarios para recuperar y asegurar la sostenibilidad de la deuda pública de la República Argentina.

(36) Me refiero al conocido bono “dual”.

(37) GIULIANO, Héctor, “Argentina: Negociaciones de deuda y Proyecto de Ley de Sostenibilidad”, *www.redecoalternativo.com*.

(38) Bonos en situación cercana a la insolvencia, con real grado de posibilidad incumplimiento, y consecuente depreciación de su valor en el mercado.

(39) Cuestión de práctica en el mercado financiero internacional en tanto los prestatarios prefieren las jurisdicciones donde operan habitualmente ellos, las que resultan amigables y eventualmente

calificadas en la evaluación de los conflictos de deuda.

(40) La inmunidad soberana es el derecho del cual goza un Estado soberano y sus bienes a la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, como lo establece el art. 5º de la Convención de Naciones Unidas de inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes. La inmunidad soberana puede ser jurisdicción (no intervención de un tribunal de otro Estado en la arrojándose jurisdicción sobre otro soberano) y la inmunidad de ejecución que impide que un Tribunal extranjero confisque bienes de propiedad de otro Estado. Ambas inmunidades son renunciables.

(41) Dec. 334/2017, entre otros.

(42) Reservas del BCRA, bienes del dominio público territorial, los comprendidos en los arts. 234/5 del Cód. Civ. y Com. (bienes fuera del comercio, mar territorial, lagos, lagunas, ríos, plataforma continental, espacio aéreo, puertos, ruinas, etc.), bienes territoriales que presten un servicio público, valores financieros de entidades gubernamentales, impues-

tos y regalías, bienes vinculados a la inmunidad diplomática.

(43) Art. 236 Cód. Civ. y Com. Minas, fósiles, bienes de dominio privado nacional, excluyendo los que presten un servicio público.

(44) Por efecto de la novación que importa la reestructuración de la deuda anterior por otra nueva.

(45) La delegación de facultades y atribuciones a la autoridad de aplicación es muy amplia, y por cierto seguramente acorde a las peticiones formuladas tanto por los acreedores privados como oficiales.

(46) Se trata generalmente de bancos internacionales de inversión o entidades financieras que actúan como colocadores de los títulos de deuda, promoviendo la aceptación de los títulos ofrecidos en la reestructuración. Los agentes coordinadores (inc. c)) actúan como fuente de identificación de bonistas o grupo de bonistas, relevando la información en torno a ellos.

(47) El bono a 100 años pago a estos agentes el 0,12%.

(48) Es un órgano del Ejecutivo que supervisa y coordina el control interno del sector público.

(49) Es procedente en estas situaciones no elegir un solo agente colocador que cumpla las otras funciones múltiples que tiene una reestructuración soberana: identificación de acreedores, colocación de los nuevos títulos, etc.

(50) En él se consigna el emisor, clase de título, valor de la emisión, tasa de interés, número de bonos a emitir, cantidad de serie, modalidades de pago de tasas de interés y capital, representación de tenedores, garantía, entre otros.

(51) Leyes 23.982, 25.344, 26.984, entre otras.

(52) 1976/1982, 1988/2001, los dos primeros.

## NOTA A FALLO

### Femicidio

**Trabajadora sexual autopercebida mujer. Violencia de género. Situación de vulnerabilidad. Acusado que vive episodios psicóticos esporádicos. Capacidad del acusado de comprender y dirigir sus acciones. Relato del hecho por el imputado que no viola la prohibición de declarar contra sí mismo.**

Véase en página 8, Nota a Fallo

1. - El homicidio de una trabajadora sexual autopercebida mujer se cometió en un contexto de violencia de género, toda

vez que, ante la oposición de la víctima al trato sexual, el acusado se posicionó de manera dominante en su condición de varón, provocando la muerte de quien por su condición y oficio se encontraba en una evidente situación de vulnerabilidad.

2. - Aun cuando el imputado por el homicidio de una trabajadora sexual autopercebida mujer haya tenido episodios o trastornos psicóticos, debe descartarse que al cometer el hecho haya estado desconectado de la realidad, pues su conducta es propia de una persona que actuó con resonancia emocional al esconder la

ropa ensangrentada de la víctima, hacer que su madre la lave, desprenderse del chip del celular, mostrar nerviosismo en el momento posterior frente a un testigo y realizar manifestaciones en redes sociales en relación con que la víctima merecía lo sucedido.

3. - El relato sobre la comisión de un hecho delictivo por su autor puede ser valorado en el juicio si la manifestación la efectuó en forma previa al comienzo del proceso —en el caso, a un remisero—; y esto no vulnera la prohibición de declarar contra sí mismo, pues no se había iniciado la persecución penal.

122.458 — CCrim. y Correc. 9a Nom., Córdoba, 11/09/2019. - C., F. A. s/ p.s.a. homicidio agravado, daño, etc.

[Cita on line: AR/JUR/27665/2019]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

# Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11, del Código Penal)

Alejandra M. Malica (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. La violencia de género como violencia a los derechos humanos.— III. La identidad de género en la Argentina.— IV. Incorporación de la agravante en el Código Penal argentino.— V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

“Con fecha 18 de octubre de 2017 en horario que no se han podido determinar con exactitud, pero que se ubica entre las 04.00 hs. y 05:10 hs., el imputado F. A. C., a bordo de su motocicleta marca Mondial, modelo ..., color negro, Dominio ..., se constituyó en inmediaciones de calle Cortada Israel y Sarmiento de Bº Centro de la Ciudad de Córdoba, lugar donde, luego de dialogar con algunas chicas que se encontraban trabajando en la zona, se dirigió a A. E. (trabajadora sexual) con quien luego de dialogar, unos segundos, A. E. arribó a la motocicleta de C. y ambos se trasladaron por calle Rivadavia, hacia el domicilio de calle Rincón ... Bº centro, de propiedad de L. G. A., donde A. E. se encontraba esporádicamente residiendo. Una vez en el interior del domicilio, se originó una discusión y con un elemento punzo cortante, con intención de quitarle la vida a A. E., sumido en un contexto general de violencia de género, poniendo al descubierto sus rasgos de personalidad dominantes y de superioridad por su condición de varón, el acusado le clavó dicho elemento en reiteradas oportunidades a la altura de los órganos vitales (cuello, tráquea, pulmones, riñones) y golpeó su cráneo con un objeto contundente, quedando la víctima gravemente herida en el suelo, seguidamente el incoado, aprovechando la situación en la que se encontraba la víctima, se apoderó ilegítimamente de un teléfono celular marca Samsung color blanco, asimismo con el mismo objeto punzo cortante utilizado para atacar a A. E. hirió a la perra caniche de propiedad de L. G. A., provocándole un corte en la oreja izquierda y varias heridas en el interior de su cuerpo, luego de ello el incoado se retiró raudamente del lugar. Como consecuencia de lo relatado precedentemente, A. E. dejó de existir inmediatamente después del hecho, siendo la causa eficiente de su muerte, el traumatismo craneoencefálico y shock hipovolémico, debido a las heridas causadas”.

El 11 de septiembre del 2019, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Novena Nominación, Secretaría Nº 17, que asignara la Jurisdicción de Córdoba en forma colegiada e integrando el Tribunal con jurados populares condenó al único imputado individualizado en la causa como autor responsable de los delitos de homicidio calificado, por mediar violencia de género (art. 80, inc. 11, Cód. Penal), hurto calamitoso (art. 163, inc. 2º, Cód. Penal) y daño (art. 183, Cód. Penal), en concurso ideal con el delito previsto en el art. 3º, inc. 7º, ley 14.346 —Protección a los animales contra actos de crueldad— (art. 54, Cód. Penal); todo en concurso real (art. 55, Cód. Penal), a la pena de prisión perpetua.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Diplomada en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UNLP). Docente (UBA). Mediadora.

De esa manera, el fallo se consagró como uno de los primeros precedentes del país en aplicar la agravante específica del homicidio por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer.

En ese sentido, la sentencia convirtió la muerte de A. E. en un caso testigo de que las personas pertenecientes al colectivo travesti-trans en nuestro país también son víctimas de violencia de género, pero también permitió poner al descubierto la situación de vulnerabilidad por la que atraviesan las trabajadoras sexuales.

La condena presenta diversos bordes para ser analizados, pero aquí me centraré de manera exclusiva en el análisis de la agravante específica de violencia de género y sus particularidades a la hora de su subsunción típica.

## II. La violencia de género como violencia a los derechos humanos

Durante mucho tiempo, demasiado tiempo, se consideró que la violencia contra la mujer era un problema privado que no debía ni podía comentarse en público. Se esperaba que las mujeres que eran víctimas de abusos por parte de sus parejas o de extraños los sufrieran en silencio. Las que sí denunciaban sus experiencias a las autoridades no podían contar en ningún caso con una respuesta empática.

Eso está cambiando. En parte porque los roles masculino y femenino tradicionales continúan experimentado una transformación importante, notable durante los últimos decenios en la Argentina, lo que significa que un mayor número de mujeres pueden llevar la vida que quieren por sus propios medios y trabajar en todas las parcelas de la economía y a todos los niveles. Y en parte porque los derechos humanos han adquirido una mayor relevancia dentro de la agenda de nuestro país. Porque la violencia contra la mujer es claramente un abuso de derechos humanos.

La violencia de género es uno de los problemas de salud pública más importantes en la actualidad debido a su creciente incidencia y mortalidad, cuyo resultado es el asesinato de las mujeres. El feminicidio no es solamente el homicidio a mujeres sino la violación de los derechos humanos de estas por razones de género, sustentado por la desigualdad estructural entre mujeres y hombres en nuestra sociedad. Se desconoce su magnitud debido a las dificultades metodológicas para diferenciarlos de otros asesinatos de mujeres, teniendo en cuenta la escasa clarificación del concepto de feminicidio y del de mujer que este conlleva.

“Si bien las violaciones de los derechos humanos afectan tanto a los hombres como a las mujeres, su impacto varía de acuerdo con el sexo de la víctima. Los estudios sobre la materia permiten afirmar que toda agresión perpetrada contra una mujer tiene alguna característica que permite identificarla como violencia de género. Esto significa que

está directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino.

“Los derechos humanos, considerados como un conjunto de pautas éticas con proyección jurídica, surgen de la necesidad de todos los individuos de contar con las condiciones esenciales para una vida digna, y han sido producto de un largo proceso de construcción y cambio a lo largo de los dos últimos siglos.

“En la actualidad, es imprescindible analizar el tema de los derechos humanos y el de la violencia de género contra las mujeres y diversidad de género desde una perspectiva que ofrezca posibilidades de cambios culturales, para lo cual hay que toma en consideración que estas temáticas se relacionan directamente con la distribución desigual del poder en las sociedades, por lo que se requieren profundas modificaciones en esta área. Asimismo, el cambio social que exige el respeto de los derechos de las mujeres y/o colectivo travesti-trans debe situarlas en el centro de las transformaciones con sus diversas formas de pensar, sentir y actuar. Sus experiencias históricas y cotidianas se deben tomar en cuenta en la reformulación del contenido y significado de los derechos humanos, puesto que su definición y su práctica no deben separarse de la vida concreta de las personas.

“En nuestro país, esto nos lleva a reconocer lo siguiente: 1) que el goce de los derechos humanos es un requisito indispensable del desarrollo y el ejercicio pleno de la ciudadanía, y 2) que se producen importantes tensiones entre los derechos individuales y colectivos y entre el principio de igualdad y el derecho a la diferencia, conflictos que deberían superarse. Es evidente que si bien las violaciones de los derechos humanos afectan tanto a hombres como mujeres, su impacto y su carácter varían de acuerdo con la identidad sexual de la víctima. Además, la mayoría de las lesiones de los derechos de las mujeres y colectivo travesti-trans, de las discriminaciones y abusos de los que son objeto se deben específicamente a su condición de mujer.

“Se entiende por violencia de género el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. Esta se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción estriba en que en este caso el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser y/o percibirse mujer. Por lo tanto, las violaciones a los derechos humanos de las mujeres se relacionan directa o indirectamente con el sistema de género y los valores culturales dominantes. La violación de los derechos de las mujeres y la violencia de género no son problemas nuevos; suponen conductas que hasta hace muy poco tiempo eran socialmente aceptadas y que, por estar circunscritas en general al ámbito de la vida privada, eran muy poco conocidas.

“La complejidad de las relaciones entre hombres y mujeres y sus causas y efectos, las distintas formas de discriminación, los estereotipos en que se reproducen y la violación a los derechos humanos de las mujeres no se reducen tan solo al problema de la violencia. Sin embargo, no se pueden analizar las diversas dimensiones de la inequidad social sin tomar en consideración este hecho como expresión dramática de la desigualdad y la asimetría de género” (CEPAL, “Unidad Mujer y Desarrollo”, Ed. CEPAL, Buenos Aires, 1996, p. 13).

## III. La identidad de género en la Argentina

El 23 de mayo de 2012 se promulgaba la Ley de Identidad de Género, que permite que las personas trans puedan ser inscritas en sus documentos personales con el nombre y el género de elección, entre otros derechos. Con la sanción de la Ley de Identidad de Género se dio un paso fundamental para la visibilidad, la identidad y la inclusión de las personas trans en nuestra sociedad. En la Argentina, con esta ley se ofrece la institucionalidad necesaria para el ejercicio efectivo de los derechos de todas las personas en igualdad de condiciones, independientemente de su orientación sexual y su identidad de género.

La ley 26.743 de Identidad de Género fue la primera en el mundo en la que no se exigió a la persona ningún diagnóstico ni orden judicial para expresar libremente su identidad de género, a ser tratada de acuerdo con ella, al libre desarrollo de su persona y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad. En este sentido, se ha constituido como una referencia jurídica internacional por estar a la vanguardia en el reconocimiento de la identidad de género autopercebida. A su vez, con base en el consentimiento informado de la propia persona interesada, contempla el derecho a solicitar el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y/o parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género. Todas estas prestaciones de salud quedaron incluidas en el Plan Médico Obligatorio, se trate de prestadores estatales, privados u obras sociales.

Un paso tan importante dado por nuestro país debe ser reconocido, y es en estos momentos en los que debemos interpelarnos para continuar trabajando por los derechos de una población que históricamente ha sido vulnerada. Por lo expuesto, celebro que en el fallo sujeto a análisis se haya reconocido al asesinato de una persona autopercebida mujer bajo el contexto de violencia de género, a tal ejemplo cito parte del fallo, en la que se establece: “La subsunción legal en el referido delito se fundamenta —en primer lugar— en que se ha probado que el acusado F. A. C. es un hombre, y que A. E., también conocida como A. M., se autopercibía como mujer a punto tal de haber obtenido su identidad como tal, conforme la ley 26.743 de Identidad de Género. Se explicitó en el debate también que A. E. se sentía mujer desde niña, y que su familia acompañó esa decisión, y así era tratada por su entorno familiar y amistades. Que se sentía mujer y se comportaba como tal, habiendo optado por la rectificación registral de su documentación para que coincidiera con la vivencia interna e individual que ella sentía.

“Resulta indiscutible que una interpretación armónica del ordenamiento jurídico impone que el elemento ‘mujer’ previsto por el legislador en el art. 80, inc. II del Cód. Penal deba explicarse a la luz de la mencionada ley 26.743, que establece el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad y en particular a ser identificada registralmente conforme al género que se autopercebe. Digámoslo con otras palabras, el término mujer a los efectos del encuadre típico de la conducta, comprende no solo a quien nace biológicamente como tal, sino también a quien jurídicamente realiza la opción que permite la Ley de Rectificación Registral del Sexo conforme a la identidad de género autopercebida (SIMAZ, Alexis L., ‘Feminicidio propiamente dicho’: art. 80, inc. II del Código Penal’, Ed. Rubinzal-Culzoni, Digital 11552/2016)”.

Este fallo demuestra un gran avance, ya que lamentablemente la experiencia demuestra que, de manera habitual, los crímenes contra la población de la diversidad sexual suelen investigarse y juzgarse como delitos comunes, abonando a su invisibilidad e impunidad. Asimismo, el trámite de la causa judicial se caracteriza por impregnarse de estereotipos y prejuicios que obstaculizan el acceso a la justicia y reflejan prácticas discriminatorias (1).

#### IV. Incorporación de la agravante en el Código Penal argentino

En los últimos años, la mayoría de los países de América Latina han promovido importantes reformas en su legislación penal con el objetivo de combatir la violencia de género hacia las mujeres y otros grupos en razón de su identidad de género y orientación sexual. La tipificación del delito de feminicidio —concepto teórico y político que pretende visibilizar la forma en que ciertas muertes se inscriben en la estructura de relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres— es el ejemplo más elocuente de esta tendencia. En nuestro país, la ley 26.791, sancionada el 14 de noviembre de 2012, reformó el art. 80 del Cód. Penal para criminalizar de modo agravado ciertos homicidios especialmente relacionados con el fenómeno de la violencia de género. En particular, esta norma amplió la figura del homicidio calificado por el vínculo (inc. 1º) y el catálogo de crímenes de odio (inc. 4º) e incorporó las figuras de feminicidio (inc. 11) y feminicidio vinculado (inc. 12).

La Organización Mundial de la Salud (2016) define la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”. Se diferencia la violencia de pareja, comportamiento de la pareja o expareja que causa daño físico, sexual o psicológico, de la violencia sexual, acto sexual, tentativa de consumir un acto sexual u otro acto dirigido contra la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de su relación con la víctima, en cualquier ámbito.

El resultado extremo de la violencia de género es el asesinato de las mujeres. “Se

ha tomado conciencia de que las mujeres no solo son violentadas cotidianamente, sino que mueren permanentemente por el hecho de serlo”. Aun así, no se ha resuelto la cuestión de si el número de casos ha aumentado de modo espectacular en los últimos años, o si estos ya existían de modo latente, pero es ahora cuando las mujeres se han decidido a denunciarlos.

En 1974, Carol Orlock, una escritora estadounidense, desarrolló el concepto de “femicide”, el cual fue utilizado públicamente en 1976 por la feminista Diana Russell ante el Tribunal Internacional de los Crímenes contra las Mujeres en Bruselas. Diana Russell y Jane Caputi dieron a conocer el término en el artículo *Speaking the Unspeakable*, publicado originalmente en la revista MS (1990): “es el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad sobre las mujeres”. En 1992, Russell coeditó junto a Jill Radford una antología titulada “Femicide: the politics of woman killing” (2). Es también durante los años 90 cuando Marcela Lagarde crea el neologismo “feminicidio” al traducir la obra de Russell al español (3).

Es cierto que la traducción al castellano de *femicide* es feminicidio, pero Marcela Lagarde no quiso traducirlo de esta manera y hacerlo con el concepto de feminicidio. Para ella, feminicidio es una voz homóloga a homicidio, es decir, es únicamente el homicidio a mujeres. En cambio, el feminicidio denomina el conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres incluyendo los crímenes y las desapariciones de estas. Marcela Lagarde (4) afirma que en el feminicidio concurren en tiempo y espacio, daños contra niñas y mujeres realizados por conocidos o desconocidos, por asesinos individuales o grupales, ocasionales o profesionales; todos ellos con un aspecto común: las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables, y sus crímenes son de odio contra las mujeres.

El feminicidio se fragua en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, ocurriendo en él el silencio social, la omisión, la desatención, la negligencia de las autoridades encargadas de la prevención y erradicación, la vergüenza social que conlleva una disminución de los hechos intentando demostrar que “no son tantas” y son solamente crímenes contra niñas y mujeres y no feminicidios (5).

Desde el año 2014, la Real Academia Española incluye en su Diccionario de la Lengua Española el término feminicidio (6). Lo define como el “asesinato de una mujer por razón de su sexo”. A diferencia de esta definición, podemos encontrar algunas de ellas en las que el feminicidio no se considera un asesinato por razón de “sexo” sino por razón de “género”, como por ejemplo (7), “muerte de las mujeres por el hecho de ser mujeres, en tanto su condición de género femenino”

En general, se habla del feminicidio como un conjunto de hechos violentos misóginos, por lo que denominar asesinato misógino al feminicidio elimina la ambigüedad de los términos asexuados de homicidio y asesinato. Es de gran relevancia reflexionar acerca de lo

profundamente arraigada que se encuentra la misoginia en nuestra sociedad, donde se identifica la masculinidad con los matones, dejando entrever una cultura totalmente sexista (8).

Cabe destacar que la mayor parte de los asesinos de mujeres no matan por alguna extraña desviación o patología, sino que la gran mayoría son esposos, amantes, padres, conocidos o extraños con un profundo odio, desprecio o sentido de propiedad sobre una mujer, lo que acaba concluyendo en el feminicidio (9). Como se ha expuesto en apartados anteriores, el feminicidio se fragua en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, característica propia del patriarcado definido por la supremacía del hombre. A pesar de que el concepto “feminicidio” es relativamente nuevo, el fenómeno que describe es tan antiguo como el patriarcado. Tanto esta como otras formas de violencia sexual han sido utilizadas por los hombres para asegurar las relaciones sociales del patriarcado y evitar perder el dominio masculino frente a la subordinación femenina. El feminicidio es también utilizado como una herramienta de control social ejercida sobre las mujeres, para castigar a aquellas que no se enmarcan dentro de la definición apropiada de mujer (p. ej., el lesbianismo) (10).

Algunos autores defienden que podría hablarse de tres categorías de feminicidio: a) Feminicidio íntimo: asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia, etc., es decir mantenían una relación cercana.

b) Feminicidio no íntimo: asesinatos cometidos por hombres con quienes la víctima no tenía relación íntima.

c) Feminicidio por conexión: se refiere a mujeres que fueron asesinadas por un hombre que trataba de matar a otra mujer, como por ejemplo, parientas, niñas, etc. (11).

También ofrecen una clasificación de tipos de feminicidios añadiendo a los tres anteriores:

a) Feminicidio infantil: asesinato de una niña menor de 14 años por un hombre en un contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

b) Feminicidio familiar: asesinato producido en un contexto de relación de parentesco.

c) Feminicidio por trata: asesinato como consecuencia de la trata de personas (explotación sexual, matrimonios forzados, etc.).

d) Feminicidio transfóbico: la víctima es una mujer transexual.

e) Feminicidio racista: asesinato de una mujer no solo por el hecho de ser mujer sino también como consecuencia de su origen étnico o sus rasgos fenotípicos.

f) Feminicidio por mutilación genital: cuando la mutilación genital practicada a una mujer o niña acaba con su vida.

g) Feminicidio sexual serial: asesinato de una mujer producido en el contexto de una

serie de feminicidios (tres o más), cometidos por la misma persona en un extenso período de tiempo.

h) Feminicidio por prostitución: asesinato de una mujer que ejerce la prostitución.

#### IV.1. El concepto de mujer que se incluye en el feminicidio

Un concepto está compuesto por otros conceptos, los cuales no resultan ajenos al devenir histórico. En el caso del feminicidio, algunos de sus conceptos constitutivos son: patriarcado, sistema sexo-género, sexo, género, mujer, violencia, violencia de género; y cada uno de estos conceptos deben ser situados y entendidos desde su temporalidad. Como se ha planteado al inicio del apartado anterior, no existe consenso en la definición de feminicidio respecto a los conceptos sexo y género, el cual puede enmarcarse dentro del debate sexo-género entre teóricos feministas. Pero tampoco existe un consenso en el concepto “mujer” que conlleva. Estas discrepancias tienen implicaciones significativas tanto en la definición como en el entendimiento del concepto “feminicidio” (12). Abramson en primer lugar el debate sobre los conceptos sexo-género para poder llegar a la cuestión planteada, el concepto “mujer”. Originalmente se consideraron el género y el sexo en una posición binaria, siendo el género los aspectos psicosocioculturales asignados por el medio social a varones y mujeres, y el sexo las características anatomofisiológicas que distinguen al macho y a la hembra (13). En 1949, Simone de Beauvoir realizó una declaración, donde fundó la distinción sexo-género al afirmar que “uno no nace sino que se convierte en mujer” (14).

De este debate surge el “sistema sexo-género” propuesto por Rubin, quien afirma que cada individuo tiene una sexualidad biológica pero es la sociedad quien la transforma en un producto, es decir, el sexo sería la parte biológica y el género una construcción social (15). Se definió así un sistema sexo-género en el que se analizan las relaciones entre hombres y mujeres en la sociedad teniendo en cuenta el poder de esta y su asignación de diferentes funciones y papeles a cada uno de ellos (16). Como afirma Aguilar, “nuestras actuales sociedades occidentales están sujetas por un sistema sexo-género que sostiene una relación desigual de poder entre hombres y mujeres” (17).

A pesar de la distinción propuesta por Rubin, no es tan clara la diferencia entre sexo-género ya que el sexo no está exento de la construcción social siendo mediado por el discurso, el cual se sustenta en una cultura determinada (18). También Judith Butler problematiza la concepción binaria de género (femenino/masculino) aludiendo a los actos performativos y repetitivos que crean y modelan el género a partir de unos cánones heterosexuales que dan lugar a un género poco natural (19). Por tanto, bajo una definición de feminicidio “por razones de sexo”, únicamente estarían incluidos en ese concepto aquellos sujetos que nacieron con la biología propia de una “mujer”, es decir con genitales femeninos. Por otro lado, si se realiza la interpretación dentro del concepto feminicidio “por razones de género”, otros sujetos “femeninos”

#### { NOTAS }

(1) ÁLVAREZ, Javier T., “Homicidios cometidos por odio a la identidad de género o su expresión. Comentarios acerca de la sentencia por el travestimiento de Amancaesca D. Sacayán”, Ed. Erreius, 2019, p. 365.

(2) VALLEJO, P., “Femicidio: sobre la disparidad entre los sexos”, Consejo Editorial, 2016, 3, 39-42.

(3) BOIRA, S. – MARCUELLO, C. – OTERO, L. – SANZ, B. – VIVES, C., “Femicidio y feminicidio: Un análisis de las aportaciones en clave iberoamericana”, *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 2015, 10, 27-46.

(4) LAGARDE, M., “Claves feministas en torno al feminicidio. Construcción teórica, política y jurídica”, *Cuadernos solidarios*, 2009, 3, 211-233.

(5) *Ibid.*

(6) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, 2014, 23ª ed., recuperado 20/01/2017, de <http://www.rae.es/rae.html>.

(7) BOIRA, S. – MARCUELLO, C. – OTERO, L. – SANZ, B. – VIVES, C., ob. cit., 28.

(8) CAPUTI, J. – RUSSELL, D., “Feminicidio: sexismo terrorista contra las mujeres”, en RADFORD, J. –

RUSSELL, D. (eds.), *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, UNAM, México, 2006, ps. 53-69.

(9) *Ibid.*

(10) RADFORD, J. – RUSSELL, D. (eds.), ob. cit.

(11) CARCEDO, A. – SAGOT, M., “Feminicidio en Costa Rica 1990-1999”, *Colección teórica*, 1, 2000.

(12) LUJÁN, A., “A theoretical approach to the concept of femicide/feminicide” (Tesis doctoral inédita). Universidad de Utrecht, Países Bajos, 2015.

(13) AGUILAR, T., “El sistema sexo-género en los movimientos feministas”, *Revue de Civilisation Contem-*

*poraine de l’Université de Bretagne Occidentale*, Amnis, 2008.

(14) LUJÁN, A., “Un acercamiento filosófico al concepto femicidio/feminicidio”, 2015, recuperado 31/11/2016, de <http://www.femicidio.net/articulo/acercamiento-filosofico-al-concepto-femicidiofeminicidio>.

(15) *Ibid.*

(16) AGUILAR, T., ob. cit.

(17) *Ibid.*, p. 4.

(18) LUJÁN, A., “A theoretical approach...”, ob. cit.

(19) AGUILAR, T., ob. cit.

pero que no cumplen los requisitos biológicos de “mujer”, como por ejemplo mujeres transexuales, también estarían incluidos en él (20). Es cierto que incluso la propia Diana Russell realizó cambios en la definición de su concepto. En un primer lugar hizo uso de los términos “mujer” y “hombre” los cuales tienen referencia a la dimensión género. Pero unos años después los substituyó por “hembra” y “varón” (*female, male*) que se basan en condiciones biológicas (21). Basándonos en este cambio que realizó Russell hacia una concepción de mujer más biológica, expone que en el concepto de feminicidio, el sujeto “mujer”, no incluye a sujetos no normativos, como por ejemplo, una persona transgénero. A pesar del debate generado, el sujeto “mujer” sigue siendo un concepto problemático, complejo y poco delimitado, y se podría decir que más que de “mujer” se habla de un “sujeto definido mujer”. Y en todo ello se encuentra presente la sociedad patriarcal de la que hemos hablado en apartados anteriores, un sistema a partir del cual se estipula “qué es una mujer o qué debería ser” (22). Así pues, en función de la conceptualización que se haga de los términos “mujer”, “sexo” y “género”, hablaremos de una definición de feminicidio más amplia, que contenga la complejidad del sistema sexo-género manteniendo el dinamismo de los sujetos “mujer”.

#### IV.2. Fundamento de la punición

La nueva regulación implicó una sustancial reforma del régimen penal tradicional en materia de delitos contra la vida, introduciendo no solo modificaciones de importancia en el art. 80 del digesto punitivo sino también delitos de nuevo cuño, cuyas características dogmáticas serán analizadas comparativamente más adelante desde las perspectivas de los proyectos aprobados por la dos Cámaras legislativas, dando prevalencia, naturalmente, al texto que ha sido convertido en ley y que es el que rige en la actualidad en la Argentina.

En 1921 no se hablaba de género. El Código Penal, sancionado en esos años, fue pensado por y para el hombre (o, al menos, no pensando en la mujer). Los tipos delictivos fueron cimentados en términos de neutralidad con respecto a los sexos. Salvo algunas excepciones que se sucedieron normativamente con el paso de los años, la gran mayoría de sus preceptos aún siguen así. El Código Penal no nos suministra una definición de violencia de género, ni tampoco nos brinda herramientas conceptuales que nos permitan lograr una respuesta unívoca para todas las figuras incorporadas por la reforma legislativa.

La evolución legislativa que ha tenido en la Argentina la problemática de la violencia contra la mujer, permite diferenciar dos etapas bien definidas: una primera etapa, en la que se pone el acento exclusivamente en los casos de malos tratos en el ámbito familiar. En este período, se aprecia una protección muy limitada por hechos de violencia doméstica que afectan física o psíquicamente a todos los miembros del grupo familiar, no solo a la mujer. Todo se reduce al mundo íntimo de la familia. Aquí el punto de interés reside en el empleo de la violencia doméstica, sin ninguna distinción de género. Esta es la característica de la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Una segunda etapa, que representa un paso importante en la lucha contra el fenómeno de la violencia sexista, aparece con la sanción de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Esta norma-

tiva, cuyo antecedente más inmediato es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, circunscribe su arco protector exclusivamente a la mujer, instalando la problemática de género en el centro del debate (23).

Tal vez una tercera etapa en este proceso legislativo comience con la reciente incorporación de los delitos de género al Código Penal. Sin embargo, la compleja problemática que plantea el fenómeno en toda su dimensión ha tenido también una fuerte incidencia desde el punto de vista conceptual, por cuanto aún persisten opiniones divergentes en torno a la cuestión terminológica, vale decir, al problema de delimitar conceptualmente y con la mayor precisión posible los términos “violencia de género”, “violencia contra las mujeres”, “violencia doméstica”, “violencia familiar o intrafamiliar”, etc., que se utilizan —muchas veces indistintamente— en el idioma castellano, para desentrañar si se trata o no de términos equivalentes.

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (ratificada por la Argentina en 1985, Ley 23.179), cuyo Protocolo Facultativo fue aprobado por la ley 26.171 e incluida en el bloque de constitucionalidad federal por el art. 75, inc. 22, CN, conforma un instrumento internacional que alude a la cuestión de género al condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas. A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que controla la ejecución de la Convención, incluyó en forma expresa la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer. La IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Beijing el 15 de septiembre 1995 y aprobada en la 16ª sesión plenaria, se decanta por la perspectiva de género al establecer el alcance de la “violencia contra la mujer” como todo acto de violencia basado en el género, que se ha presentado históricamente como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, como una forma de discriminación contra la mujer y como una interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. En nuestro ordenamiento interno, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”; no se trata —en sentido estricto— de una “ley de género”, aun cuando la violencia “por razón de género” implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres.

No se trata de una ley de “género” —como decimos— porque no comprende a otros sujetos que se enmarcan en torno de la misma expresión, por ejemplo los niños y adolescentes (varones). Se trata, en rigor de verdad, de una ley de violencia contra la mujer. Así lo describe el propio *nomen juris* de la normativa; la definición y formas de violencia que se enumeran en los arts. 4º, 5º y 6º; los principios rectores de las políticas públicas enunciadas (arts. 7º); la creación del Consejo Nacional de la Mujer como el organismo competente para el diseño e implementación de las políticas públicas respectivas (arts. 8º y 9º), y del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, destinado al monitoreo, pro-

ducción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres (arts. 12-15); y el derecho de acceso a la justicia, garantizado en los arts. 16 y ss. de la ley. Es una ley que habla de la mujer, se pensó para la mujer y regula situaciones y establece derechos específicamente determinados para las mujeres. Por consiguiente, no es una ley de género, porque sencillamente se pensó para la mujer, no para el género opuesto.

Sin perjuicio de que en dicha normativa se hace referencia, con bastante frecuencia, a la cuestión de género, la noción ha quedado limitada a la “violencia de género contra las mujeres”. Desde esta perspectiva, la ley define la violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón” (art. 4º).

En una misma dirección, se decanta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que establece en el art. 1º que se debe entender por violencia contra la mujer “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En igual sentido, en el derecho comparado, la exposición de motivos de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, actualmente vigente en España, entiende la violencia de género como una “violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. De ello se desprende que, para el legislador argentino —aun cuando no haya utilizado el término “género” en la definición de “violencia contra la mujer”—, se debe entender que la expresión “violencia de género” está limitada y equivale a la “violencia contra la mujer”, no a otra clase de violencia que también puede ser utilizada en las relaciones interpersonales, por ejemplo, la que se emplea, también por razones de género o en un contexto de género, contra individuos que poseen orientación o identidades de género distintas, como ocurre con las lesbianas, homosexuales, personas intersex, transexuales, etc. Sin embargo, hay que convenir que el concepto de “violencia de género o contra la mujer” que surge de las normas citadas ha sido extendido por el legislador penal a todas aquellas personas que tienen o sienten una identidad sexual diferente al esquema corporal y órganos genitales manifestados en su nacimiento.

La mayor penalidad sugerida para los delitos de género no se justifica en el solo hecho de que la víctima es una mujer y el victimario un hombre, que la mata por ser mujer. Si esto solo fuera el fundamento de la incriminación, entonces habría que equiparar con la misma sanción otras clases de muerte, tanto o más graves que el asesinato de una mujer, por ejemplo, la muerte de un anciano “porque es un anciano”, la de un niño “porque es un niño”, y así podríamos seguir hasta el infinito. El incremento de la pena se fundamenta no solamente en la circunstancia subjetiva de “matar por” (ser mujer) sino en el hecho de que la muerte se realiza en un ámbito específico que es, precisamente, el que marca la diferencia con otros tipos de formas delictivas, que es el contexto de género. El delito es de género porque se lo comete en un contexto de género. Otra razón no habría para justi-

ficar el plus punitivo que importa la mayor penalidad para esta clase de delitos.

Por todo lo expuesto y fiel a los argumentos explicitados, el fallo analizado ha recogido los mismos al establecer que “es claro que en el contacto entre C. y E. (a) M., hubo actos demostrativos de la existencia de *violencia física y sexual y —en cierto sentido— también económica* (ver apartado VI.2.A. de la ‘Primera Cuestión’). Los testimonios prestados en la audiencia dejaron además patente otra característica propia de esta problemática: la falsa dicotomía entre conductas públicas y conductas privadas que tradicionalmente ha llevado a no visibilizar lo que sucede en estos ámbitos de mayor vulnerabilidad en que están inmersas las trabajadoras sexuales en la vía pública.

”Ahora bien; cuando hechos tales llegan a conocimiento de los tribunales, la identificación de un caso como un supuesto de violencia de género, activa la obligación de diligencia impuesta al Poder Judicial, como órgano estatal, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que impone adoptar, ‘por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer’, y con tal objeto asegurar la realización práctica del principio de la igualdad del hombre y de la mujer, protegiendo efectivamente a la mujer ‘por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas’ (art. 2º), y con mayor especificidad, por la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), consistente en ‘actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer’, ‘tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer’, y a ‘establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos’ (art. 7º), entre otras mandas. Es tal perspectiva de abordaje la que aconseja la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su documento titulado ‘Estándares Jurídicos vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos’ (03/11/2011), con miras a enfatizar ‘el potencial del poder judicial como un sector clave en la protección de los derechos de las mujeres y en el avance de la igualdad de género’”.

#### V. Consideraciones finales

El proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mucha mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia.

Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y el dolor de las víctimas —o la desesperación ante la impunidad— se multiplica en formas cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debamos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso de poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Levitán.

Finalmente, el objetivo de toda política criminal es procurar la tutela de derechos de las víctimas. Víctimas individuales y víctimas colectivas, con todas las categorías que existen entre el individuo y la sociedad como un colectivo de personas y no como una abstracción. También los nuevos siste-

#### { NOTAS }

(20) LUJÁN, A., “A theoretical approach...”, ob. cit.

(21) *Ibid.*

(22) *Ibid.*

(23) BUOMPADRE, J. A., “Los delitos de género en

la reforma penal”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>.

mas procesales penales han dado un salto importante en el reconocimiento de esta finalidad y de los derechos de las víctimas, y prueba de ella es la sentencia comentada, al brindarnos un respeto a la identidad de género de la víctima, como también al rechazo a la revictimización, al omitirse indagaciones sobre aspectos íntimos y privados de la vida de la víctima, sin caer en estereotipos ni culpabilizar su conducta de trabajadora sexual, tan comunes en estos casos.

La sentencia comentada fusiona una condena fundacional en reconocer a una persona que se autopercebe como mujer bajo

las condiciones de violencia de género, es noble su elocuencia al combatir la invisibilidad del género travesti-trans que se autopercebe como mujer y su consecuente impunidad. Pero también, abandonar la mentira inmersa de la sociedad al no querer visibilizar la violencia contra las disidencias sexuales y, especialmente, las identidades no binarias.

De la misma manera, se le debe reconocer, al aplicar esta agravante específica en relación con la muerte violenta de una persona que se autopercebe como mujer, lo que provocó romper los pactos de impunidad históri-

camente denunciados por el colectivo de las disidencias sexuales.

No obstante, considero que la importancia principal de la sentencia reposa en la discusión acerca de los problemas que enfrentan los llamados delitos de violencia de género, cuya interpretación tradicional reside en la terminología “mujer” e incluir en dicha terminología una persona trans que se autopercebe como mujer.

En ese sentido, coincido con los fundamentos expuestos por el voto unánime de la Cámara en la medida que establece

que el contexto de violencia de género se configuró en el caso, toda vez que ante la oposición de la víctima A. E. (que formaba parte del grupo de mujeres trans) al trato sexual —por las razones que fueran— el acusado F. A. C. se posicionó de manera dominante, en su condición de varón, a punto tal de dirimir la cuestión dándole muerte a la mujer.

Es por todo ello que el feminicidio de A. E. se ha convertido en un ejemplar precedente.

Cita online: AR/DOC/3529/2019



## JURISPRUDENCIA

### Habilitación de feria

**Cuestiones que requieren inmediata protección judicial. Casos de familia. Intervención del juez natural.**

1. - La denegación del pedido de habilitación de feria en una causa en la que se ventila un conflicto familiar debe ser confirmada, pues la excepcionalidad de la habilitación de feria radica en conservar la intervención del juez natural en las causas, quien por su conocimiento del conflicto se halla en mejores condiciones para resolver el asunto. Se entiende, pues, que podrán formularse los planteos que las partes consideren en relación con las cuestiones articuladas, una vez finalizado el receso judicial.
2. - Las razones de urgencia que determinan la habilitación del feriado judicial son aquellas que entrañan para los litigantes riesgo serio e inminente de ver alterados sus derechos para cuya tutela se requiere protección jurisdiccional. Por lo tanto, la intervención de los tribunales de feria tiende, en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas, motivo por el cual, para que proceda aquella habilitación, deben concurrir estrictamente los supuestos contemplados por el art. 153 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, que son de excepción.
3. - Las circunstancias excepcionales y de urgencia para la habilitación de la feria judicial deben ser reales y objetivas, emanadas de la propia naturaleza de la cuestión, y no de la premura que un asunto pueda tener para el interés particular del litigante, ni de la sola demora que trae aparejada la paralización de la actividad judicial. En suma, debe existir la posibilidad objetiva de que el retardo frustre un derecho o una necesidad impostergable o produzca un daño irreparable, todo lo cual debe valorarse con criterio objetivo y restrictivo en los términos del art. 153 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

122.459 — CNCiv., sala de feria, 08/01/2020. - G. A., R. G. c. C., S. s/ Medidas precautorias.

[Cita on line: AR/JUR/48/2020]

2ª Instancia. — Buenos Aires, 8 de enero de 2020.

Y Vistos:

I. Son elevadas estas actuaciones al Tribunal a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la resolución de fojas 66/vta. que denegó el pedido de habilitación de feria formulado a fojas 64/65, por los agravios vertidos a fojas 67/69.

II. Las razones de urgencia que determinan la habilitación del feriado judicial son aquellas que entrañan para los litigantes riesgo serio e inminente de ver alterados sus derechos para cuya tutela se requiere protección jurisdiccional. Por lo tanto, la intervención de los tribunales de feria tiende, en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas, motivo por el cual, para que proceda aquella habilitación, deben concurrir estrictamente los supuestos contemplados por el art. 153 del Código Procesal, que —como se sabe— son de excepción (*conf. CNCiv., Sala de Feria, “M., V. c. C., G. L. s/ incidente de familia”, del 31/07/2015, y sus citas, entre muchos otros. En igual sentido: Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, 3ª edición, cuarta reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, T. IV, ps. 65 y ss.; Fassi, Santiago C. - Yáñez César D., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes. Comentado, anotado y concordado, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1988, T. 1, ps. 743 y ss.; Highton, Elena I - Areán, Beatriz A. [dirección], Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, v. 1, ps. 304 y ss.*).

Así pues, las circunstancias excepcionales y de urgencia deben ser reales y objetivas, emanadas de la propia naturaleza de la cuestión, y no de la premura que un asunto pueda tener para el interés particular del litigante, ni de la sola demora que trae aparejada la paralización de la actividad judicial. En suma, debe existir la posibilidad objetiva de que el retardo frustre un derecho o una necesidad impostergable o produzca un daño irreparable, todo lo cual debe valorarse con criterio objetivo y restrictivo en los términos del ya citado art. 153 (*conf. CNCiv., Sala de Feria, “Castro del Carril, Olga M. y otro s/ sucesión ab intestato”, del 19/01/2005*).

Por fin, no debe olvidarse que la finalidad última de esta medida radica —en definitiva— en garantizar durante el receso judicial la tutela judicial efectiva que exige la garantía del debido proceso a partir del derecho constitucional y convencional (art. 18 de la Constitución Nacional, art. XVIII de la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes Humanos, art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna). Bajo todas estas pautas es que debe ser examinada la cuestión aquí traída a conocimiento.

Así planteado el tema, cabe apuntar que este tribunal comparte la postura sustentada por la señora magistrada a fojas 66/vta. relativa a que la excepcionalidad de la habilitación de feria radica en conservar la intervención del juez natural en las causas, quien por su conocimiento del conflicto familiar se halla en mejores condiciones para resolver el asunto que se debate. Se entiende, pues, que podrán formularse los planteos que las partes consideren en relación con las cuestiones articuladas, una vez finalizado el receso judicial.

Sobre la base de lo expuesto, se impone la desestimación de las quejas vertidas y la confirmación de la resolución apelada.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal resuelve: Confirmar la decisión de fojas 66/vta.

Regístrese, notifíquese en forma electrónica, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013) y devuélvase al Juzgado Civil Nº 12. — *Liliana E. Abreut de Begher. — Gabriela A. Iturbide. — Gabriela M. Sclarici.*

### Derecho a la salud

**Empresa de medicina prepaga condenada a restablecer la afiliación de un niño con capacidades diferentes. Medida cautelar.**

La medida cautelar que obligó a una empresa de medicina prepaga restablecer la afiliación de un niño con capacidades diferentes al plan de salud en las mismas condiciones pactadas al momento de su ingreso debe confirmarse, pues nada indica, por el momento, que la accionante hubiera estado al tanto de la patología que afecta a aquel al tiempo de suscribirse la declaración jurada de afiliación, máxime teniendo en cuenta que el certificado médico adjuntado hace referencia expresa a que el menor fue diagnosticado recientemente de la patología que lo aqueja.

122.460 — CNFed. Civ. y Com., sala II, 07/02/2020. - T. M. c. OSDE s/ Amparo de salud.

[Cita on line: AR/JUR/109/2020]



COSTAS

Se imponen a la vencida.

2ª Instancia. — Buenos Aires, 7 de febrero de 2020.

Considerando:

I. Que en el pronunciamiento indicado el magistrado interviniente decretó la cautela peticionada y, en consecuencia, ordenó a OSDE —Organización de Servicios Directos Empresarios— a arbitrar las medidas del caso para restablecer la afiliación del menor M.T., al plan de salud que comercializa, en las mismas condiciones pactadas al momento de su ingreso y contra el pago de la cuota correspondiente, sin valor adicional por preexistencia, como así también, la cobertura de las prestaciones de salud que requiera, de conformidad con la normativa vigente y al plan contratado, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

II. Que esa decisión motivó el recurso de la demandada, que ante todo puso de relieve el carácter innovativo de la medida, así como el mayor celo que debe regir el análisis de los recaudos para su otorgamiento en tales supuestos. A los efectos de cuestionar la verosimilitud del derecho invocado por su adversaria, dijo que el padre del menor había falseado su declaración jurada al momento de suscribir el contrato de adhesión al no denunciar el verdadero estado de salud de M., del que tenía conocimiento. Añadió que el día 19 de octubre de 2019, el representante legal del actor solicitó su incorporación a OSDE, suscribiendo una declaración en la cual informó este no cursaba alguna enfermedad que requiera estudios, cirugías o internaciones en los próximos meses, como así tampoco padecía alguna patología aparte de las mencionadas en el formulario de adhesión. Advirtió que, con la presentación del resumen de historia clínica para acceder a la cobertura de prácticas médicas, surgió que el niño padece retraso del lenguaje tratado con neurología desde los tres años, dificultad de aprendizaje escolar tratado con psicopedagogía desde inicio escolar. Debido a ello, concluyó que, al momento de firmar la declaración jurada, el padre del demandante ninguna referencia efectuó respecto a su estado de salud. Señaló que, con motivo de ello, la accionada se encuentra en condicio-

nes de rescindir el contrato del plan binario 210, quedando a disposición del amparista la cobertura del PMO 015 a través de prestador contratado a tal fin. Objetó que en el caso se configure el peligro en la demora. Finalmente, solicitó la valorización de la cuota, entendiéndolo para ello que por padecer el accionante una enfermedad preexistente, se encuentra la empresa de medicina prepaga habilitada para percibir un valor diferencial.

III. Que así planteada la cuestión a decidir, se debe recordar inicialmente que el carácter innovativo de una medida precautoria no es, por sí mismo, un obstáculo para su procedencia; y lo mismo sucede con la coincidencia total o parcial entre su objeto y el de la acción, en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (confr. esta Sala, causa 6814/14 del 21/08/2015, entre otras), valorando para ello tanto el estado de la parte que la solicita como el resguardo del derecho de defensa de su contraria (CSJN *Fallos*: 320:1633).

Ello no implica desconocer la prudencia con que se debe apreciar los recaudos que hacen a su procedencia, ponderando que alteran el estado de hecho o de derecho existentes al tiempo de su dictado y configuran un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (confr. CSJN, *Fallos*: 316:1833; 319:1069, entre otros), aunque no se debe descartar la aplicación de una medida de ese tipo por temor a incurrir en prejuzgamiento cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, procurando evitar los perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (CSJN *Fallos*: 320:1633).

IV. Que ello establecido, en cuanto a la verosimilitud en el derecho a juicio de la Sala ese recaudo se encuentra reunido.

En efecto, según se desprende de los elementos arrojados a la causa, el actor solicitó la medida cautelar las prestaciones indicadas en el escrito inicial (v. fs. 21), como así también la reincorporación del menor al plan OSDE 2 210, con las mismas condiciones que fueran contratadas en noviembre de 2018. Para ello, afirmó que nueve meses después de ingresar a OSDE, le fue diagnosticado “*epilepsia, con trastorno del lenguaje y del comportamiento*” (ver punto III de fs. 17 vta. y 9). El cuadro de salud que afecta al niño, según la propia demandada, habría sido lo que dio lugar a que se requiriera un informe psicopedagógico a pedido de sus padres (v. fs. 50 vta.). Frente a este panorama, rescindió el vínculo por estimar que había mediado reticencia de la demandante al no denunciar antecedentes médicos, cuyo conocimiento la accionada parecería presumir en virtud de los datos que habrían aportado las docentes que tienen a cargo su educación. Sin embargo, nada indica, por el momento, que la accionante hubiera estado al tanto de la patología que afecta al menor al tiempo de suscribirse la declaración jurada cuya copia luce a fs. 36/37, máxime teniendo en cuenta que, del certificado médico adjuntado a fs. 9, fechado el día 09/09/2019, hace referencia

expresa a que el menor T. ha sido diagnosticado recientemente de la patología que lo aqueja.

De modo tal que, no existe certeza de que hubiera falseado su estado de salud en los términos que plantea OSDE, extremo que en su momento justificó la rescisión del contrato (conf. punto V de fs. 49/58; ver, además: arts. 9 y 10 de la Ley N° 26.682). Tampoco pueden determinarse, en este estado liminar de la causa, las restantes circunstancias que atribuye al padre del amparista relativas a su mala fe en ocultar datos al momento de suscribir el formulario al que ya se hizo referencia.

Resulta claro que la comprobación de los hechos denunciados por las dos partes y los efectos que los hechos sucedidos con anterioridad pudieron haber proyectado en la relación contractual ya existente; obliga a incursionar en un análisis exhaustivo de los términos en los cuales se anudó la relación contractual que vincula a las partes que resulta improcedente en el estrecho marco cognoscitivo propio de las medidas cautelares (conf. Sala I, doct. causas 4176 del 10/08/99 y 394 del 01/03/2001), el cual recién se efectuará en oportunidad de decidir sobre el fondo de la cuestión ventilada en estos autos (esta Sala II, causa 5914/2002 del 30/07/2002).

Por ello, en el estado actual de la causa y dentro del limitado ámbito cognitivo propio del instituto cautelar, no resulta procedente un examen profundo de esas cuestiones, cuyo tratamiento debe quedar reservado para la ocasión en que se decida la cuestión de fondo (confr. esta Sala, causa 9751/07 del 05/10/2007); sin perjuicio de ello, es menester destacar que en casos como el *sub examen* deben adoptarse las medidas necesarias para asegurar la permanencia y continuidad de las prestaciones antes aludidas, máxime teniendo en cuenta que se encuentra implicados el derecho a la salud, al desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes (CSJN *Fallos*: 327:5373; en igual sentido, esta Sala, causa N° 7270/05 del 26/10/2006, entre otros).

IV. Que, en las condiciones descriptas, y a los fines de la cuestión cautelar aquí debatida, carecen de mayor relevancia las alegaciones relacionadas con las condiciones legalmente previstas para la incorporación de afiliados a las entidades de medicina prepaga y las consideraciones formuladas en el recurso sobre los aspectos pecuniarios relacionados con ese asunto, como así también, la fijación en este estado del proceso, del valor diferencial al que refiere el artículo 10 de la Ley N° 26.682.

En otro orden de cosas, parece innecesario señalar que el peligro en la demora está fuera de duda, atendiendo al estado actual del amparista (v. fs. 9/13), y la consiguiente necesidad de recibir adecuada atención médica en los términos que da cuenta el certificado obrante a fs. 9/13, lo que resulta suficiente para configurar este requisito.

En mérito a lo expuesto, esta Sala *resuelve*: confirmar la decisión apelada, con costas de Alzada a la vencida.

Diférase la regulación de los honorarios profesionales para el momento en que se dicte la sentencia definitiva.

La vocalía N° 5 —cuya renuncia de su titular está pendiente de aceptación en el Poder Ejecutivo— se encuentra momentáneamente vacante en virtud de lo dispuesto con fecha 12 de diciembre de 2019 por la Excma. Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, en Expte. N° 21719/2019/CAI, caratulado “Guarinoni, Ricardo V. c. EN - Ministerio de Justicia DDHH - Consejo de la Magistratura de la Nación s/ amparo ley 16.986” (ver esp. considerandos 7 y 8). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Alfredo S. Gusman*. — *Eduardo D. Gottardi*.

## Responsabilidad disciplinaria del síndico

**Revocación de multa impuesta al síndico concursal. Desatención de la regla de gradualidad y proporcionalidad. Apercibimiento.**

La multa impuesta al síndico concursal debe revocarse y, en su lugar, corresponde imponer la sanción de apercibimiento, teniendo en cuenta que el juez de grado llamó la atención del funcionario, ante lo cual este dedujo revocatoria y en oportunidad de resolver tal planteo se le aplicó directamente la multa, pues resultó desatendida la regla de gradualidad y proporcionalidad en la imposición de la sanción.

122.461 — CNCom., sala D, 06/02/2020. - Cetra, Luis María s/ Quiebra s/ incidente de apelación.

[Cita on line: AR/JUR/77/2020]

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, 6 de febrero de 2020.

1. La síndico V. F. apeló subsidiariamente la decisión copiada en fs. 124, mantenida según fs. 173, mediante la cual el Juez *a quo* le impuso una multa de \$20.000 como consecuencia de haber incurrido en las conductas negligentes que allí fueron explicitadas.

Los fundamentos del recurso obran expuestos en fs. 169/172.

La Fiscal General ante la Cámara fue oída en fs. 204/206, donde propició la reducción de la sanción.

2. Liminarmente cabe señalar que las sanciones impuestas al síndico deben ser proporcionadas a la conducta que se le reprocha y a la entidad de sus consecuencias.

Así es que, no obstante la configuración de conductas negligentes por el funcionario, debe observarse una regla de gradualidad y proporcionalidad en la imposición de la sanción, proceder en el que el juzgador debe manejarse con máxima prudencia (confr. esta Sala, 14/08/2018, “Vizno SA s/ quiebra s/ incidente de

apelación art. 250 CPR.”; *id.*, 27/04/2017, “BBP Business by Phone SRL s/ quiebra s/ incidente de apelación CPR. 250”; *id.*, 20/09/2012, “Cortés, Moisés s/ quiebra”; *id.*, 20/02/2008, “Nutorycent SA s/ quiebra s/ incidente de realización de bienes”; *id.*, 16/05/2008, “Capuya, Alberto O. s/ quiebra”; *id.*, 11/03/2004, “Guiguez, Beatriz s/ quiebra s/ incidente de elevación a Cámara”; *id.*, CNCom., Sala B, 23/03/1994, “Canale, Rodolfo s/ quiebra”; *id.*, Sala C, 30/11/1995, “Tex-tail SRL s/ quiebra s/ incidente de apelación”).

En el *sub lite*, la Sala juzga que la referida regla de gradualidad y proporcionalidad luce, en principio, desatendida.

Ello es así, pues según constancias obrantes en este incidente, con fecha 28/05/2019 el Juez de grado *llamó la atención* a la contadora F., y la intimó a proceder de manera diligente conforme los deberes que la ley concursal le impone, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en el art. 255 de dicho plexo normativo (v. fs. 118).

Ante ello, la referida funcionaria dedujo revocatoria (fs. 122/123), y en oportunidad de resolver tal planteo, el magistrado consideró que el actuar negligente de la síndico persistía a esa fecha, razón por la cual le aplicó directamente una multa de \$20.000 (fs. 124).

Ahora bien, conforme la ya mencionada regla de gradualidad, lo correcto hubiera sido aplicar a la recurrente en esa ocasión la sanción de apercibimiento; para recién luego, ante un nuevo y eventual incumplimiento, imponer una sanción pecuniaria.

Con tal alcance es que habrá de admitirse la proposición recursiva en examen.

Lo expuesto, analizando la conducta de la sindicatura bajo el prisma de los principios de proporcionalidad y razonabilidad; y teniendo en consideración, además, la particular tramitación del expediente principal (que fue momentáneamente asignado a un nuevo magistrado como consecuencia de la recusación con causa deducida contra el juez a cargo del Juzgado N° 3), y que la demora en la presentación de los oficios ordenados en el decreto falencial se encuentra superada.

3. Por lo expuesto, y oída la Representante del Ministerio Público, se *resuelve*:

Admitir la subsidiaria apelación de fs. 169/172, en el sentido de revocar la multa impuesta a la síndico V. F. y, en su lugar, imponer a la referida funcionaria la sanción de apercibimiento.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13) y notifíquese electrónicamente a la Fiscal y a las partes.

Fecho, devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36, inc. 1º, Cód. Procesal). — *Juan R. Garibotto*. — *Gerardo G. Vassallo*. — *Pablo D. Heredia*.