

Doctrina

Consejo de la Magistratura: acuerdos y tensiones entre la interpretación legislativa y la jurisprudencial



María Gabriela Ábalos

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Especialista y Magister en Magistratura y Gestión Judicial. Profesora titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UNCuyo). Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Univ. de Mendoza). Jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza. Miembro del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El Poder Judicial y su rol político institucional en el ordenamiento jurídico argentino.— III. La reforma constitucional de 1994 y la irrupción del Consejo de la Magistratura.— IV. Interpretación del Congreso.— V. La interpretación jurisprudencial.— VI. Acuerdos y tensiones.

I. Introducción (*)

El proceso de judicialización creciente de la vida social y política, la expansión del control de constitucionalidad y de convencionalidad, la generalización de distintas formas de activismo judicial, coloca los grandes temas del Poder Judicial en el centro de atención de los especialistas y del debate público.

La reforma constitucional de 1994 buscó alcanzar mayores niveles de autonomía e independencia de este poder del Estado, y en esa línea, siguiendo la ola de movimientos reformistas en el ámbito latinoamericano, receptó algunas instituciones del constitucionalismo europeo como el Consejo de la Magistratura. La intención fue responder a la necesidad de optimizar los procesos de selección y designación de los magistrados y la dedicación de estos a las tareas estrictamente jurisdiccionales, apartándolos de consideraciones y disputas político-partidarias.

Sin embargo, la configuración del Poder Judicial en el derecho argentino ha segui-

do principalmente al modelo norteamericano desde el texto constitucional del siglo XIX, por lo que el posterior ingreso del Consejo de la Magistratura, claramente identificado con el modelo continental europeo de organización judicial, ha generado un sinnúmero de interrogantes que se visualizan desde los debates de la Convención Constituyente de 1994, pasando por el texto aprobado, hasta las normas legislativas sancionadas en su consecuencia.

En el marco de este trabajo se hará hincapié en la confrontación en torno al Consejo de la Magistratura y su integración, entre la interpretación legal y la jurisprudencial rescatando acuerdos y tensiones. Para ello se pasará revista a las cuatro leyes reglamentarias emanadas del Congreso y a la respuesta de la Corte Suprema de Justicia en sus precedentes emblemáticos puntualizando principalmente lo resuelto en torno a la integración del Consejo de la Magistratura y su impacto en la independencia judicial.

Junta Conservadora que establecía que esta se reservaba el derecho de explicar las dudas que puedan ocurrir en la ejecución y observancia de los artículos del presente reglamento. También en el proyecto de Constitución de la Comisión Especial de la Asamblea del año XIII se decía que los jueces debían juzgar por el texto expreso de la ley y que toda interpretación o arbitrariedad era un crimen del que responderían personalmente. En similar sentido, el Estatuto Provisional que dictó el Congreso de Tucumán en 1816 establecía que los tribunales, jueces y demás funcionarios podrán representar y consultar al Congreso las dudas que les ocurran en la inteligencia y aplicación de las expresadas leyes, reglamentos o disposiciones. Las mismas cláusulas se repetían en el Reglamento Provisorio de 1817.

II. El Poder Judicial y su rol político institucional en el ordenamiento jurídico argentino

El Poder Judicial aparece en el texto constitucional argentino desde 1853/60 como un órgano constitucional, complejo y especializado. Es constitucional por hallarse expresamente consagrado en la Constitución formal, es complejo tanto en virtud de la estructura orgánico-funcional (art. 108, CN) como de la organización federal del Estado (art. 5 CN), y es especializado en cuanto tiene a su cargo la administración de justicia sometida al principio de legalidad dentro del marco constitucional (1).

A. A modo de antecedente, en los primeros textos normativos de comienzos del siglo XIX el pensamiento iluminista se impuso, por lo que el órgano judicial aparece menguado, actuando solamente a requerimiento de parte, nunca de oficio, y además como mero repetidor de la norma escrita, a la cual no interpreta ni refresca ni da la calidez vivificante de las múltiples circunstancias (2).

(3) En los Estados Unidos siguió en pie la mezcla de funciones judiciales y políticas. El Poder Judicial para declarar qué es la ley se convirtió en el poder judicial-legislativo mixto que dice a la legislatura qué no puede ser la ley (PÉREZ GUILHOU, Dardo "El Poder Judicial: órgano político y estamental", en PÉREZ GUILHOU y otros, *El Poder Judicial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, ob. cit., p. 83). Ver también BIANCHI, Alberto B., "Historia constitucional de los Estados Unidos", *Cathedra Jurídica*, Buenos Aires, 2008, t. I.

(4) Se destaca que el antecedente jurídico del control judicial de constitucionalidad más enfatizado por la doctrina es el caso "Bonham" de 1610, que proviene —curiosamente— de Inglaterra, un país con constitución con-

La influencia del constitucionalismo norteamericano en la organización y función de la tríada de los órganos de poder resulta crucial para entender el papel fundamental que desempeña el órgano judicial en la Constitución de 1853/60. Pérez Guilhou rescata la vieja tradición inglesa que se continuaba en el régimen de las colonias, donde el juez y el legislador tenían ambos formidable poder. En la Inglaterra de 1776, cuando comenzó la guerra de las colonias, el juez ya estaba subordinado al legislador, como lo pinta Montesquieu, pero en América no era así y por eso no va a resultar difícil consagrar el control jurisdiccional de constitucionalidad (3). En este contexto, sin perjuicio de tener presente el caso "Bonham" de 1610, será la Corte norteamericana presidida por el juez Marshall la que explícitamente sostendrá en 1803 en el caso "Marbury vs Madison" el poder de los jueces de revisar las leyes del Congreso y determinar si se conforman con la Constitución (4). Pocos años después, en 1810, en el caso "Fletcher vs Peck" extendió ese poder de control a las leyes locales que no se conciliaran con la Constitución (5).

suetudinaria no escrita y sin control de constitucionalidad. Este precedente judicial ha sido considerado por muchos, desde un punto de vista jurídico-formal, como la raíz del control de constitucionalidad, sobre el paralelismo de que el juez Coke hubiera situado al *common law* por encima del Parlamento, atribuyendo a aquel un carácter de *fundamental law* del ordenamiento inglés a través del cual se permitiría a los jueces controlar los actos del Parlamento, es decir, la defensa de la tradicional supremacía del *common law* frente al Parlamento (ver a AMAYA, Jorge Alejandro, "Marbury vs. Madison", *Astrea*, Buenos Aires, 2017, 5ª ed. actualizada, p. 42).

(5) Ver entre otros a VANOSSO, Jorge, "Teoría constitucional", Depalma, Buenos Aires, 2000, 2ª ed. actual-

Nota a fallo

Impuesto al valor agregado

Duty free shops. Venta de mercaderías de origen extranjero. Pedido de devolución del crédito fiscal. Operaciones no sujetas al régimen de exportaciones. CNFed. *Contencioso administrativo, sala V, 30/08/2022*. — *Intertabaires SA c. EN-AFIP-DGI s/ Proceso de conocimiento*. 7

El tratamiento en el IVA de las ventas realizadas en las tiendas libres de impuestos o "free shops"

Ezequiel Maltz

7

CApel. Trelew, sala A, 29/09/2022. — *B. A. J. c. C. S.A. s/ cobro de pesos e indem. de ley*. 9

Jurisprudencia

Contrato de trabajo

Trabajador que filmó a un compañero mientras se bañaba. Divulgación del video en el ámbito laboral. Despido. Proporcionalidad de la sanción. Facultad disciplinaria.

Responsabilidad en el pago de costas

Límite. Alcances. Prorrato.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala I, 21/09/2022. — *Foricher, Mario Rafael c. Granone S.A. s/ Cobro sumario de sumas de dinero (Exc. Alqui. Arren. etc.)*. 11

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

B. De esta forma, la Constitución Nacional de 1853/60 tuvo en cuenta fundamentalmente el modelo norteamericano ubicando a la Corte Suprema como órgano máximo de gobierno del Poder Judicial, con específicas garantías (inamovilidad e intangibilidad) y delegando en aquella el dictado de su reglamento interior y económico (6). Este régimen constitucional también incluyó a los otros poderes en el funcionamiento del sistema judicial: el Poder Legislativo, con potestades de organizar la estructura judicial y aprobar el presupuesto general, incluyendo las partidas para el Poder Judicial, bajo la administración de la Corte Suprema; y el Poder Ejecutivo, con facultades para la designación de los jueces de todas las instancias, con acuerdo del Senado.

En consecuencia, el Poder Judicial es concebido como un órgano con una cuota de poder real y, por lo tanto, corresponsable de la tarea de gobernar. Se lo fortalece políticamente con la asunción de la función esencial de revisar la constitucionalidad y, posteriormente, la convencionalidad de los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, a modo de árbitro del proceso político erigiéndose como una especie de prolongación de la convención constituyente, al tener que interpretar las cláusulas constitucionales en última y definitiva instancia, y cubrir las lagunas del texto constitucional (7).

Como bien afirma Oyhanarte, el Poder Judicial en general y la Corte Suprema en particular tienen una importante injerencia en el ejercicio de las funciones de gobierno y de control. La función gubernamental consiste primordialmente en el trazado de una política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas. Esta función es de ejercicio compartido por los miembros de los tres órganos superiores del Estado: el Poder Ejecutivo la realiza cuando se desempeña como un centro de comando rápido, informado y verdaderamente eficaz; el Poder Legislativo, por medio de sus mayorías que cohesionadas permitan la gestión del Ejecutivo; y el Poder Judicial, favoreciendo la viabilidad de la política por medio de las sentencias. En cuanto a la función de control, debe ser atribuida a las minorías legislativas y también al Poder Judicial a la hora de declarar la inconstitucionalidad de una norma (8).

C. Esta configuración política de gobierno y de control que ostenta el Poder Judicial en Argentina se completa con el aporte del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo (9). Carbonell sostiene que el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a regir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX; se trata de constituciones que no se limitan a estable-

cer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, como son las Constitución Española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991 (10). Aparece un nuevo modelo de organización jurídico político o de Estado de derecho, una teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso el neoconstitucionalismo incluye la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho (11). Como consecuencia de ello también ha cambiado la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales, aparecen parámetros interpretativos nuevos; así entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, etc. (12).

En relación con el Poder Judicial se destacan ciertas notas que son compartidas por la judicatura argentina: 1. El protagonismo social creciente de los poderes judiciales. 2. El avance del Poder Judicial sobre las llamadas *cuestiones políticas* y la expansión de la justiciabilidad de todos los problemas. 3. La participación creciente de la función judicial en las funciones en otro tiempo reservadas a la legislación. 4. El incremento de una "jurisdicción nomogenética" (13), como resultado de la acción supletoria de la Corte Suprema, ante la crisis de la constitucionalidad y los vacíos que quedan abiertos a partir de la parálisis del funcionamiento armónico de la división de poderes. 5. La tendencia creciente de los órganos legislativos y administrativos hacia una mayor delegación de funciones a los órganos jurisdiccionales. 6. La ampliación de los márgenes de acceso a la justicia para la resolución de controversias en otro tiempo ajenas a la intervención de los magistrados. 7. La expansión del "debido proceso" a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social. 8. La inserción de la justicia en el conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de "corrección política" de los procesos políticos y sociales. 9. La expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación de ejercicio de los derechos.

III. La reforma constitucional de 1994 y la irrupción del Consejo de la Magistratura

A. A modo de introducción cabe reiterar que los consejos de la magistratura son propios del modelo continental europeo donde la función judicial nace como un mero departamento de la administración de justicia y subordinado al poder político, razón por la cual dichos consejos están pensados como

instrumentos para conquistar, poco a poco, la independencia institucional mediante la transacción que supone un órgano con representantes políticos juntamente con representantes de otros grupos de poder y del mismo Poder Judicial (14).

Surgen en Italia con la Ley Orlando de 1907, luego receptados por Portugal en 1912; sin embargo en Francia hacia 1883 ya se encuentran antecedentes de esta institución (15). Luego en la segunda posguerra adquieren categoría constitucional en Francia (1946 y 1958) y en Italia (art. 104 de la Constitución de 1947) y se divulga en Turquía (1961), en Venezuela (1961), Grecia (1975), etc. (16). Presentan distinta composición en el derecho comparado desde el punto de vista cualitativo: unos de tipo "judicialista", haciendo predominar manifiestamente los vocales provenientes del Poder Judicial; mientras otros son "mixtos", porque tienen una composición plural, con prevalencia o no de los integrantes del Poder Judicial que comparten con los que no son jueces. Desde la perspectiva cuantitativa, los consejos pueden ser numerosos, con más de veinte miembros como en España (17) o Italia, o bien reducidos, como en el constitucionalismo provincial argentino los casos de San Juan o Mendoza, que tienen cinco y siete miembros respectivamente (18).

En cuanto a las funciones del Consejo se pueden mencionar dos lineamientos básicos: en el primero participan en los métodos de designación y remoción de los jueces; y en el segundo suman otros roles relacionados con el gobierno del Poder Judicial, pudiendo asumir funciones dentro del régimen disciplinario de los jueces con participación en la remoción, también en lo que respecta a la administración de los recursos y a la ejecución del presupuesto del Poder Judicial, etc.

B. Los consejos de la magistratura con las características y funciones vistas son extraños al modelo judicial de raíz norteamericana adoptado por la Constitución Argentina, sin embargo las provincias fueron incorporándolos a nivel constitucional empezando con Chaco en 1957 y Río Negro en 1958.

A nivel nacional se registra un antecedente con el decreto 1179/1991 que creó una "Comisión Asesora de la Magistratura", pero sus resultados no fueron demasiado esperanzadores, ya que el excesivo predominio de representantes del Poder Ejecutivo y el carácter no vinculante de sus decisiones hizo que, en algunos casos, la presidencia nominara como jueces a personas no incluidas en las listas elaboradas por la Comisión. Luego de ello se desaconsejó su adopción por parte del Consejo para la Consolidación de la Democracia que, al estudiar los posibles temas para una eventual reforma constitucional,

no lo incluyó, por considerar que las experiencias en el derecho comparado no eran suficientemente positivas.

C. Por su parte, la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional que luego se concretó en 1994, contenía la introducción del Consejo de la Magistratura en el denominado *Núcleo de Coincidencias*, buscando "despartidarizar" los nombramientos de magistrados; fomentar el ingreso y la promoción en la carrera judicial respetando los principios de igualdad e idoneidad; y también aliviar al Poder Judicial del peso de tareas que no estaban ligadas directamente con la función jurisdiccional. Se buscaba sobre todo autonomía, independencia, eficiencia y operatividad (19).

Ello se pone de manifiesto en los debates de la Convención Constituyente, así el miembro informante del despacho mayoritario, Enrique Paixao, destacó que la judicatura argentina padecía una triple crisis: técnica, institucional y política, ante lo cual el órgano central de dicha reforma " ... es el Consejo de la Magistratura, cuyas funciones van desde una intervención sustancial en el proceso de nombramiento de los jueces hasta la apertura del procedimiento de remoción de estos y la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento, órgano este que pasa a ser el mecanismo de remoción en caso de inconducta para los jueces nacionales, exclusión hecha de quienes integran la Corte Suprema" (20). En cuanto a la integración del Consejo, continúa Paixao, "se ha procurado un modelo de equilibrio que garantice la transparencia en el cumplimiento de estas finalidades y el pluralismo en la integración del órgano, pero que simultáneamente no convierta al Poder Judicial de la Nación en un sistema autogestionario en el que los jueces —cuya misión es la de decidir casos concretos— puedan llegar a transformarse en la fuente de provisión de nuevos jueces. De tal manera se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente —por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas— el sistema judicial esté gobernado con pluralismo, aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos" (21).

Por su parte, Iván Cullen, convencional por Unión del Centro Democrático, si bien aplaude que la designación y la remoción de los magistrados al margen de toda preferencia de carácter político esté en manos del Consejo de la Magistratura con integración tripartita entre los políticos, abogados,

lizada, t. II, p. 82; SOLA, Juan Vicente, "Control judicial de constitucionalidad", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; HARO, Ricardo, "Control de constitucionalidad", Zavalia, Buenos Aires, 2008; BERCCHOLC, Jorge, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad", Ediar, Buenos Aires, 2004.

(6) Ver de ÁBALOS, María Gabriela, "La autonomía presupuestaria del Poder Judicial. Una herramienta para garantizar la independencia judicial y la eficaz administración de justicia", Ad Hoc, Buenos Aires, 2012.

(7) DI IORIO, Alfredo J., "Apuntes para el estudio del "apoderamiento" del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo. Primera parte"; en *Jurisprudencia Argentina*; Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 2009-III-2.

(8) OYHANARTE, Julio, "Poder político y cambio estructural", Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 60. Ver la obra en homenaje a este autor, de SANTIAGO, Alfonso (h) - ÁLVAREZ, Fernando (coords.), "Función política de la Corte Suprema", Abaco, Buenos Aires, 1998.

(9) CARBONELL, Miguel - GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores) "El canon neoconstitucionalista", Ed. Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,

Madrid, 2010; SANTIAGO, Alfonso (h), "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo", *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre, 2008, Universidad de La Sabana, Colombia, ps. 131-155.

(10) CARBONELL, Miguel, "El Neoconstitucionalismo en su Laberinto" en "Teoría del Neoconstitucionalismo", Trotta, Madrid, 2007, ps. 9/10. También del mismo autor, "El nuevo tiempo para el Constitucionalismo", en *Neoconstitucionalismo (s)*", Trotta, Madrid, 2005, p. 9. Ver también a GORRA, Daniel Gustavo, "Neoconstitucionalismo. Concepción Epistemológica", *Astrea*, Buenos Aires, 2019.

(11) SANCHÍS, Luis Prieto, "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", Trotta, Madrid, 2003, p. 101.

(12) A ello se suman desarrollos teóricos novedosos que no solamente sirven para explicar un fenómeno jurídico sino para crearlo. Los aportes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Prieto Sanchís y Ferrajoli han servido para comprender las nuevas constituciones y también a crearlas. Carbonell hace mención a la influencia de Alexy en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, Ferrajoli en la Suprema Corte de México, Zagrebelsky y

su incidencia como magistrado de la Corte Constitucional italiana.

(13) Cfr. Por ejemplo SAGÜÉS, Sofía, "La jurisdicción nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *LA LEY*, marzo 2008.

(14) Así lo sintetiza CAYUSO, Susana en "Constitución de la Nación Argentina comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 372. En el modelo continental europeo entonces, el principio es el de colaboración entre los poderes y no de división por lo que, los Consejos tienen, entre otras funciones, la de asegurar la independencia de la administración de justicia (SOLA, Juan Vicente, "Derecho Constitucional", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 824).

(15) CORCUERA, Santiago H. - RASCONI, Nora V., "El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 5.

(16) SAGÜÉS, Néstor P., "El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial", Lexis Nexis; Buenos Aires, 2005, p. 258. Ver también VENTURA, Adrián, "Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento", Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 41 y ss.

(17) CARDELL, María Ballester, "El Consejo General

del Poder Judicial. Su función constitucional y legal", Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid; 2007; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La selección de los jueces", Civitas-Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008; IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, "El fracaso del autogobierno judicial", Fundación Alfonso Martín Escudero - Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.

(18) Constitución de San Juan (art. 214). Constitución de Mendoza (art. 150, incorporado por la reforma de un solo artículo mediante la ley 6524 de 1997).

(19) Ver de ÁBALOS, María Gabriela, "El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento"; en *Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*, 12/06/2009, p. 1. "El poder judicial y la autarquía: recepción en el derecho público provincial argentino", en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. (Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés)*, t. II. Adrus, Lima, 2011, ps. 875/899.

(20) Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, 18ª Reunión -3ª Sesión Ordinaria, 27 de Julio de 1994, pág. 2219.

(21) Convención Nacional Constituyente, *Diario de Sesiones*, ob. cit., p. 2219.

jueces e, incluso, personalidades independientes y académicas, sin embargo plantea sus dudas en cuanto a las atribuciones del Consejo para gobernar y administrar el Poder Judicial, ya que se pronuncia a favor de la autarquía de este órgano (22). En esta línea, Conesa Mones Ruiz, miembro informante del *Bloque Fuerza Republicana* (23), sostuvo que el proyecto de la mayoría directamente tiende a la desaparición del Poder Judicial, atenta contra el sistema republicano de gobierno y los principios de la democracia. En su lugar, defiende la creación del Consejo de la Magistratura con las funciones de designación, nominación, selección de magistrados futuros, previo concurso de oposición, méritos y antecedentes, pero que no implique la sustitución de facultades esenciales del Poder Judicial de la Nación. Por su parte, Vázquez, miembro informante del *Modin*, advirtió críticamente sobre la grave politización en su integración, ya que se le da injerencia a los poderes políticos del gobierno, lo que acarreará la consecuente zozobra en los jueces con respecto a su estabilidad, que es uno de los pilares fundamentales del régimen republicano de gobierno (24).

D. Fruto de los debates constituyentes, el art. 114 CN es el que recepta el Consejo de la Magistratura dentro de la Sección Tercera referida al Poder Judicial. Dicho artículo le atribuye en general la competencia de seleccionar a los jueces y administrar el Poder Judicial. En cuanto a la integración, se exige periodicidad y equilibrio entre los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular; de los jueces federales de todas las instancias; de los abogados de la matrícula federal; y otras personas del ámbito académico y científico, pero deja en manos de los legisladores la determinación de su número como asimismo los requisitos generales de elegibilidad de los mismos; los métodos de elección, la duración en el mandato y, eventualmente, sus remociones.

En este sentido el texto constitucional delega la tarea de finalizar la estructuración del Consejo de la Magistratura en una ley especial y exige que sea sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso. Luego la cláusula transitoria decimotercera agrega el plazo para su dictado, indicando que a partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esa reforma los magistrados inferiores solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución y hasta tanto se aplicaría el sistema vigente con anterioridad.

Sigue el art. 114 con la dotación de seis importantes atribuciones que van desde la seleccionar de postulantes a las magistraturas inferiores mediante concursos públicos y la emisión de propuestas en ternas vinculantes, pasando por la administración de los recursos y ejecución del presupuesto asignado a la administración de justicia, hasta las facultades disciplinarias sobre magistrados y

la apertura del procedimiento de remoción, con facultades para ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente, coronado con el dictado de los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

E. Frente a la magnitud superlativa de atribuciones de este Consejo de la Magistratura, que impactan de lleno en el corazón del gobierno y administración judicial, se advierte que el meollo de la cuestión se centra en la integración de este cuerpo y dentro de este punto en la interpretación del exigido equilibrio. Ello así, puesto que los estamentos que deben integrar el Consejo tienen perfiles e intereses diferentes y la posible preeminencia de unos sobre otros acarrearía importantes consecuencias para el funcionamiento independiente del Poder Judicial.

Sobre el significado de ese equilibrio se han esbozado distintas interpretaciones, desde que no implica igualdad entre los distintos estamentos, tal como lo ha sostenido Bidart Campos (25). En el mismo sentido se ha dicho que no supere una a las otras (26), que no sea igualdad estricta entre todos ellos (27). Mientras que otros entienden que puede reconocerse preeminencia a uno sobre los otros (28), pero en ese caso ninguno de los sectores representados debería ser capaz de neutralizar por sí solo la representación de los otros estamentos.

Ahora bien, según el Diccionario de la Real Academia Española, *equilibrio* (Del lat. *aequilibrium*) tiene las siguientes acepciones: 1. *m. Estado de un cuerpo cuando fuerzas encontradas que obran en él se compensan destruyéndose mutuamente.* 2. *m. Situación de un cuerpo que, a pesar de tener poca base de sustentación, se mantiene sin caerse.* 3. *m. Peso que es igual a otro y lo contrarresta.* 4. *m. Contrapeso, contrarresto, armonía entre cosas diversas.* 5. *m. Ecuanimidad, mesura, sensatez en los actos y juicios* (29). De estas significaciones podríamos aplicar a la composición del Consejo aquella que implica el contrapeso, la armonía entre cosas diversas y por ello adscribir a la posición que entiende que ningún sector debería tener preeminencia sobre los otros que implique neutralizar o anular a los demás. Incluso tal equilibrio funcionaría también intrasectores, de forma tal que, dentro del sector político, la representación del Poder Ejecutivo no podría ser predominante sobre la del Legislativo, pero sí podría darse a la inversa atento a que el objetivo de la reforma de 1994 fue atenuar los poderes del presidente (30).

En esta línea, no se trata de convalidar el predominio absoluto de jueces en el Consejo, ya que ello conduciría a la autogestión judicial; ni tampoco el manejo indirecto del Consejo por los partidos políticos (31) ni permitir el poder de bloqueo para seleccionar y remover jueces ni administrar los recursos, en ma-

nos de ninguno de los estamentos mencionados en la cláusula constitucional (32).

Este es el punto crucial donde se visualizan importantes discrepancias entre las distintas leyes reglamentarias y la interpretación jurisprudencial, siendo que la obra del legislativo han ido incrementando el predominio de un solo sector, los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, frente a las decisiones de la Corte Suprema, que se han inclinado decididamente por desechar el principio de igualdad estricta entre los estamentos, admitiendo en su lugar la tesis de la no preeminencia de uno sobre otros.

IV. Interpretación del Congreso

La cláusula transitoria decimotercera correspondiente al art. 114 le impuso un plazo del Poder Legislativo para el dictado de la ley reglamentaria. Así indicaba que a partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esa reforma, los magistrados inferiores solamente podrían ser designados por el procedimiento previsto en dicho artículo, sin embargo la primera norma apenas se sanciona en diciembre de 1997, lo que impidió la aplicación del artículo referido por más de dos años.

A. En efecto, el 10 de diciembre de 1997 se sanciona la ley 24.937 y ocho días después es corregida por la ley 24.939.

La estructura con la primera norma se componía de diecinueve miembros, quedando en veinte con la corrección de la segunda. Los diecinueve consejeros iniciales estaban presididos por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, más cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación; ocho legisladores: cuatro senadores (dos por la mayoría, uno por la primera y uno por la segunda minoría); cuatro diputados (dos por la mayoría, uno por la primera y uno por la segunda minoría); cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal; un representante del Poder Ejecutivo y un abogado, profesor titular de facultades de derecho de universidades nacionales. Mientras que en la segunda norma la composición es de veinte integrantes, ya que se agrega a los mencionados un representante del ámbito científico (33). Esta modificación implicó la interpretación por parte del Legislativo, que se trataba de ámbitos distintos: por un lado, el académico; y, por otro, el científico requiriendo cada uno representantes propios.

En relación con el equilibrio en la integración se observa que de los diecinueve miembros iniciales nueve representaban a los sectores político-partidarios, número que se mantuvo en la integración de veinte consejeros. De esta forma, el perfil político implicaba un cuarenta y cinco por ciento (45%) sobre veinte consejeros, mientras que si se compara con cada uno de los sectores representados, fue sin duda el más numeroso frente a cuatro abogados (que representaban

el veinte por ciento [20%] del total), cuatro jueces (también veinte por ciento [20%]) y dos representantes del ámbito académico y científico (diez por ciento [10%]) (34).

B. Si bien la representación político-partidaria era numéricamente mayor que las demás y podría formularse la crítica por ello, la situación se agravó aún más el 22 de febrero de 2006 con la sanción de la ley 26.080 —modificatoria de la ley 24.937 y 24.939—. Dicha normativa disminuyó el número de miembros que componen el Consejo de la Magistratura y estableció una nueva composición, conformada por trece miembros, a saber: “1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D’Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de Cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República. 2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría. 3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país. 4. Un representante del Poder Ejecutivo. 5. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes”.

Se destaca que los distintos estamentos han reducido el número de representantes, en lugar de cuatro jueces quedan tres, y además se excluye al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de cuatro abogados se reduce a dos, de ocho legisladores a seis (de los cuales cuatro son de la mayoría, y dos, de la primera minoría), de dos representantes del ámbito académico y científico queda uno solo por el ámbito académico, borrándose del Consejo al científico. En porcentajes, los segmentos más afectados con esa disminución son los de abogados, jueces y ámbito científico, que han quedado con la mitad de representantes los primeros y el último directamente suprimido. Dicha merma implica que el sector político partidario mantiene un mayor porcentaje comparativamente con los demás sectores y sobre el total de miembros. De esta forma, siete miembros del ámbito político partidario sobre trece suponen más del cincuenta por ciento (50%) de su integración contra el cuarenta y cinco por ciento (45%) en la anterior composición legislativa. Advértase que este estamento no ha disminuido en realidad su poder en el seno del Consejo, sino que, por el contrario, lo ha incrementado notablemente (35).

(22) *Ibidem*, p. 2410.

(23) *Ibidem*, p. 2246.

(24) *Ibidem*, p. 2236.

(25) Entiende que no equivale a la igualdad en cantidad de cada uno, sino que ese equilibrio supone impedir que por el número y/o modo de designación de las representaciones políticas la integración y el ejercicio de las competencias del Consejo queden a merced del predominio del ejecutivo, del congreso o de los partidos políticos. Agrega que “*El Consejo exige independencia y no la tendría si se convirtiera en un organismo instrumentado política o partidariamente para subordinar el poder judicial a los poderes políticos*” (BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 374).

(26) SOLA, Juan Vicente, “Derecho Constitucional”, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 827 y del mismo autor, “La Constitución y el Consejo de la Magistratura”, LA LEY 30/12/2021, 1.

(27) GELLI, María Angélica, “El Consejo de la Magis-

tratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda”, LA LEY 03/02/2006, 1; de la misma autora, “El Consejo de la Magistratura en contexto político institucional”, LA LEY, 2009-D, 1349; también “Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial”, LA LEY 26/06/2013, 4.

(28) Ver por ejemplo a SPOTA, Alberto, “El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional”, LA LEY, 1995-D, 1360.

(29) <https://dle.rae.es/equilibrio> (10 de octubre de 2022).

(30) Esta es la opinión vertida por QUIROGA LAVIÉ, Humberto - BENEDETTI, Miguel Angel - CENICACELAYA, María de las Nieves, “Derecho Constitucional Argentino”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 2ª ed. actualizada por Humberto Quiroga Lavié, t. II, p. 1274.

(31) SAGÜES, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1997, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 519.

(32) ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2ª ed., p. 459. Este autor entiende que se trata de cuatro estamentos: los órganos políticos representativos; los jueces, los abogados y los académicos y científicos.

(33) En cuanto a la adopción de sus decisiones, con la ley 24.937 y diecinueve miembros, el *quorum* era de trece y la mayoría era la absoluta de miembros presentes, excepto supuestos especiales, modificándose con la ley 24.939 solamente el *quorum* que queda en doce, con veinte miembros.

(34) En cuanto a las mayorías exigidas si bien la regla es la mayoría absoluta de miembros presentes, las excepciones las constituían por ejemplo, el art. 7º inc. 7 que para decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, se requería la mayoría de dos tercios de miembros presentes. En similar sentido, el plenario podía revisar las calificaciones de los exámenes escritos y antecedentes y toda modificación a las resoluciones de la Comisión exigía la mayoría de dos tercios de los miem-

bros presentes. También se exigía esta mayoría agravada para aplicar sanciones a los magistrados (art. 7º inc. 12). Advértase que estas excepciones que requerían la mayoría de dos tercios estaban previstas para casos de gran impacto en el funcionamiento y organización del Poder Judicial, como son los supuestos de apertura del procedimiento de remoción de magistrados, aplicar sanciones y la revisión de las calificaciones de los exámenes. Ello suponía la necesidad de arribar a acuerdos entre los distintos sectores que componían el Consejo como una forma de superar la posibilidad de predominio de un sector sobre otro. (ver de ABALOS, María Gabriela, “El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento”; en *Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*; 12/06/2009, p. 1).

(35) Respecto a las decisiones, se mantuvo la mayoría de los dos tercios de miembros presentes para decidir en plenario la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento conforme al art. 12 inc. 7. Sin embargo, se cambia para el ejercicio de facultades disciplinarias sobre los jueces,

C. Con la sanción de la ley 26.855, el 24 de mayo de 2013, se modifica por tercera vez la ley 24.937, en esta ocasión bajo el lema “democratización de la Justicia”. El proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 8 de abril de 2013 indica los puntos en los que se sustenta, a saber, la profundización democrática de que goza la República desde el 10 de diciembre de 1983, la necesidad de garantizar la efectiva participación de la comunidad en la toma de decisiones y la plena vigencia de los principios de publicidad de los actos de gobierno, transparencia en la gestión, control público de las decisiones y elección de jueces a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular (36).

En esta línea se modifica la forma de elección de sus integrantes que será “.. a través de mecanismos no discriminatorios que favorezcan la participación popular” (art. 1º). Se cambia también la composición pasando de trece a diecinueve miembros, coincidiendo cuantitativamente con la primera integración, la establecida por la ley 24.937. En lo cualitativo, los jueces mantienen el mismo número de tres que ostentaban con la ley 26.080, igualmente los representantes de los órganos que surgen de la elección popular (seis legisladores y un representante del Ejecutivo), mientras que los abogados acrecientan su representación, ya que de dos pasan a tres; y los del ámbito académico y científico de un representante académico pasan a tener seis, siendo los sectores que se ven más favorecidos con este considerable aumento (37).

Sobre la forma de elección, las normas anteriores habían respetado que los jueces, abogados, representantes del ámbito académico y científico, fueran elegidos por sus pares, en el seno de las asociaciones gremiales y profesionales existentes y de acuerdo con procedimientos reservados a los empadronados en cada asociación. Con la nueva ley “se propicia ampliar la base democrática de la elección de los miembros del cuerpo que no surgen directamente de la voluntad popular”, como se expresa en la exposición de motivos, estableciéndose el sufragio universal como mecanismo de elección de los representantes de estos cuatro grupos, reconociendo al mismo tiempo representación a la primera minoría, a fin de garantizar mayor pluralidad en la representación estamentaria (38).

Conforme al nuevo art. 2º, tanto los jueces como los abogados que quieren ser conse-

jeros se elegirán por el pueblo de la Nación a través del sufragio universal, correspondiendo dos representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno a la que resulte en segundo lugar. En el caso de los seis representantes de los ámbitos académico o científico, elegidos a través del sufragio universal, corresponderán cuatro representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos a la que resulte en segundo lugar. Los seis legisladores, por su parte, resultarán de la designación de los presidentes de Senadores y de Diputados que, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán a tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría. Finalmente se mantiene un representante del Ejecutivo, el cual no proviene directamente de la elección popular, ya que no se trata del propio Presidente, sino de un funcionario designado por este.

En el art. 3º bis se determina el procedimiento para elegir a los consejeros representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, estableciéndose que las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. Adviértase que de esta forma, tanto los jueces como los abogados y los académicos y científicos que aspiren a ser consejeros deberían insertarse necesariamente en el ámbito de la política partidaria y participar en los comicios integrando las listas de algún partido político nacional en las primarias y luego en las elecciones generales. Ello resulta reñido especialmente con las obligaciones impuestas a los jueces de no actuar en política ni estar afiliados a partidos o agrupaciones políticas (39).

Si tenemos en cuenta que en las normas reglamentarias anteriores se criticaba la falta de equilibrio entre los representantes de los órganos que surgen de la elección popular y que representan a la política partidaria que, conforme a la ley 26.080, implicaban más del cincuenta por ciento (50%) de la representación en relación con los otros estamentos, como son los jueces, los abogados, los académicos y los científicos, con la nueva norma se corría el riesgo de anular definiti-

vamente el mentado equilibrio, puesto que todos los grupos quedarían a merced de la política partidaria (40).

D. La legislación reseñada aparecía claramente contraria al equilibrio que exige el art. 114 CN, en el sentido propiciado que ningún grupo o estamento pudiera imponerse por sí solo sobre los demás, en cuanto los cinco grupos estarían necesariamente vinculados a los partidos políticos; y el que hubiese obtenido la mayoría en la contienda electoral presidencial conseguirá no solamente la primera magistratura nacional sino también los dos tercios del Consejo de la Magistratura.

Con las normas anteriores, especialmente con la ley 26.080, los cuestionamientos sobre la falta de equilibrio en la integración del Consejo con claro predominio de los representantes del ámbito de la política partidaria se hicieron fundadamente. Luego se agrava con la fórmula de la ley 26.855, que establecía un procedimiento de elección necesariamente unido a la contienda electoral y los acuerdos entre partidos, generando graves consecuencias sobre la autonomía, independencia y ecuanimidad de los jueces. Ello además por la eliminación de la mayoría agravada de los dos tercios exigida en plenario para dos cuestiones claves para el Poder Judicial: conformar ternas para la designación de magistrados (art. 13), y suspender y acusar a los magistrados federales (art. 7 inc.7), bastando la mayoría absoluta, lo cual suponía una flexibilización importante en que, sumada a la influencia del partido político ganador de las elecciones presidenciales, el Poder Judicial quedaría así a merced del oficialismo de turno en la toma de decisiones para el ingreso y el egreso a la judicatura, con escaso margen de control (41).

V. La interpretación jurisprudencial

Frente a las normas referidas la Corte Suprema de Justicia se expidió en importantes casos: el primero, sobre la inconstitucionalidad de la ley 26.855; y años después, sobre la ley 26.080, aunque al resolver sobre la primera se encontraban pendientes los planteos de inconstitucional de la segunda.

A. La primera norma citada, la ley 26.855, sancionada el 24 de mayo de 2013, provocó la reacción de una amplia parte de la doctrina y de sectores representativos de la judicatura planteándose de inmediato contiendas judiciales en distintas jurisdicciones

del país. El caso que finalmente llega a la Corte Suprema —un amparo promovido por el presidente del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires— tramita por la vía de recurso extraordinario federal por *salto de instancia*, según lo habilitado por el art. 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, desde el Juzgado Federal con competencia electoral N° 1 de la Capital Federal.

Se trata del caso “Rizzo, Jorge Gabriel” resuelto el 18 de junio de 2013 por mayoría de seis ministros y una disidencia, donde el Superior Tribunal declaró inconstitucionales los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 e inaplicable lo previsto en el art. 7º por la ley cuestionada, de conformidad con lo mandado en el art. 29 de esa normativa. También se declaró inconstitucional el decreto que convocó a elecciones de consejeros (42).

Esta resolución, por un lado, se adentró en cuestiones filosófico-políticas e institucionales muy importantes en el desarrollo actual del constitucionalismo. Y por otro lado, se abocó al análisis de la ley 26.855 en relación con el art. 114 CN, aportando una visión integral dentro de la forma republicana representativa federal del art. 1º. En efecto, en el voto de la mayoría se destacan cinco aspectos doctrinarios que exceden el marco puntual del Consejo de la Magistratura (43) y, luego de ello, se pasa a demostrar que la ley 26.855, en lo que respecta a la composición y forma de elección de los consejeros, no responde a la estructura medular que diseña el art. 114 CN, afectando y comprometiéndolo seriamente el principio de independencia que debe regir la actuación del Poder Judicial y de sus integrantes.

1. Reconoce el voto mayoritario que la inclusión del Consejo con la reforma de 1994 tuvo por objetivo principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato por sobre la discrecionalidad absoluta. El voto de Petracchi y Argibay agrega que el propósito que guió la incorporación del art. 114 CN fue la de reformular la relación de los poderes Ejecutivo y Legislativo —que responden básicamente a la dinámica del proceso político— con el Poder Judicial, en el sentido de fortalecer su independencia, al reducir, en buena medida, la influencia de los actores políticos.

ya que en el mismo art. 12 inc. 12, se dispone que para aplicar las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación, las decisiones deberán adoptarse con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. La Corte Suprema y los tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes.

(36) Conforme a estos presupuestos los aspectos salientes de la modificación propuesta fueron: 1. Establecer mecanismos de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura que expresen fielmente la voluntad popular; 2. Garantizar y perfeccionar el equilibrio de los diferentes estamentos en la composición del cuerpo; 3. Morigerar las exigencias para ser consejero para evitar que se vea limitada la participación de los ciudadanos; 4. Fijar mecanismos ágiles de toma de decisiones que dificulten la parálisis del organismo; y 5. Establecer las condiciones que garanticen el rol del Consejo de la Magistratura como administrador del Poder Judicial.

(37) Con relación a los requisitos, se suprime la exigencia de tener las condiciones necesarias para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bastando con las condiciones mínimas exigidas para ser diputado. Lo significativo del cambio en torno a los requisitos da como resultado que, de los diecinueve miembros, solamente seis serán abogados en franca minoría frente a los restantes trece, lo que cambia sustancialmente el perfil profesional que el Consejo ostentó desde su nacimiento con la primera ley reglamentaria.

(38) Se adopta el régimen electoral de la ley 26.571

denominada de *democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral* que introduce las Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO), reafirmando que, conforme al art. 38 CN, los partidos políticos son instituciones fundamentales de la democracia con competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.

(39) Así se dispone en el art. 8 del Reglamento para la Justicia Federal contenido en la Acordada del 17 de diciembre de 1952 por el cual magistrados, funcionarios y empleados deberán observar una conducta irreprochable y especialmente “no podrán estar afiliados a partidos o agrupaciones políticas, ni actuar en política política” (inc. e). Si bien en la nueva normativa del Consejo no se exige que los jueces cumplan con la afiliación, al requerir que integren las listas de los partidos políticos por lógica se impone la participación en actividades propias de los partidos políticos, como manifestarse abiertamente como simpatizante de un partido político ya que al integrar su lista deberá hacer campañas, presentar propuestas acordes con los demás postulados de dicho partido. Además el art.33 de la ley 23.298 de partidos políticos excluye a los magistrados de la posibilidad de ser precandidatos en elecciones primarias y candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales.

(40) Además serían elegidos en las elecciones presidenciales, con la excepción de este año 2013 (art. 33), y durarían cuatros años en su cargo (art. 3º) coincidiendo con el mandato presidencial.

(41) Adviértase que comparativamente, según la Constitución Nacional para suspender y acusar a un funciona-

rio electo a través del procedimiento de juicio político la exigencia es de dos tercios de los miembros presentes en Diputados (art. 53), mientras que los jueces, a partir de la normativa citada, hubiesen podido ser suspendidos o acusados por una mayoría menor, pudiendo estar en manos de un mismo sector político partidario.

(42) Cfr. CS, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar”, 18/06/2013, el voto mayoritario es firmado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Fayt. Concurrieron en forma conjunta los ministros Argibay y Petracchi y votó en disidencia el juez Zaffaroni, LA LEY, 2013-D, 30, con nota de Francisco Junyent Bas, Suplemento Administrativo 2013 (agosto), 28, con nota de Emilio A. Ibartucía; DJ 04/09/2013, 39).

(43) En primer lugar, deja claro que la actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite la supremacía de la Constitución Nacional (arts. 30 y 31). De ahí que, los poderes públicos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico imperativo al que se encuentran sometidos; y si no lo hacen, sus actos deben ser invalidados para proteger la vigencia de las normas fundamentales impuestas por el pueblo soberano. En segundo lugar, la Carta Magna reconoce a cada uno de los órganos del Estado distintas facultades que les permiten y los obligan a controlar el accionar de los otros; y es en este balance, que el Poder Judicial adquiere una función fundamental: el control de constitucionalidad de las normas y actos estatales. En tercer lugar, el reconocimiento creciente de derechos ha sido posible en nues-

tro ordenamiento porque la Constitución Nacional busca equilibrar el poder para limitarlo. Gracias a esta función de limitación del poder queda clara la inadmisibilidad de la doctrina de la omnipotencia legislativa fundada en una interpretación desmesurada de la voluntad presunta de la “mayoría del pueblo”. En cuarto lugar, el control de constitucionalidad procura la supremacía de la Constitución y no la del Poder Judicial o de la Corte Suprema. Y el ejercicio de tal control por parte de los jueces, que han recibido del pueblo —a través de los constituyentes—, el legítimo mandato democrático, no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado. En quinto lugar, las decisiones de los poderes públicos, incluidas las del Poder Judicial, se encuentran sometidas y abiertas al debate público y democrático, lo cual es saludable y necesario en tiempos de transformación profunda de muchos de los principios y procedimientos de nuestro sistema constitucional. El control de constitucionalidad está destinado a funcionar como una instancia de protección de los derechos fundamentales de las personas y de la forma republicana de gobierno, lo que requiere que los jueces obren en forma independiente e imparcial, como custodios de estos derechos y principios a fin de no dejar desprotegidos a todos los habitantes de la Nación frente a los abusos de los poderes públicos o fácticos. (Ampliar en ÁBALOS, María Gabriela, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la “democratización de la justicia”. Los alcances del caso “Rizzo”; EDCO, 20/03/2014, nro 13.449), también en “El Consejo de la Magistratura y la democratización de la justicia”, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley 28-6-13).

La voz crítica se escucha en el voto en disidencia: Zaffaroni se empeña en señalar que no es cuestión de invocar la voluntad del constituyente, como siempre que se apela a la famosa voluntad del legislador. Ni la voluntad del legislador histórico, real, ni del legislador imaginario, abstracto, ya que, en su opinión, los datos históricos parlamentarios y de proyectistas pueden reforzar los argumentos acerca del sentido de un texto, pero ningún espíritu puede limitarlo más allá de su propia resistencia semántica.

2. En el marco de lo expuesto, el voto mayoritario marca las cuatro razones de inconstitucionalidad de la norma en análisis:

a. Rompe el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del Consejo resulte directa o indirectamente emergente del sistema político-partidario; ello así, ya que de los diecinueve miembros doce serán elegidos en forma directa por sufragio universal y siete en forma indirecta por los órganos políticos resultantes de la elección popular. Concluye entonces que todos los miembros del Consejo, directa o indirectamente, tendrían un origen político partidario, lo que contraría abiertamente lo dispuesto por el art. 114 que buscó asegurar el equilibrio en la composición del Consejo, de modo tal que ninguno de los estamentos tuviera primacía sobre los demás. En el voto de Petracchi y Argibay se agrega que, en tanto otorga al cuerpo electoral —directa o indirectamente— la elección de todos los integrantes del Consejo de la Magistratura, hace imposible el equilibrio diseñado en el art. 114 CN, puesto que elimina la diversidad de representación y deja subsistente tan solo una de ellas.

b. Desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos al establecer la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos, ya que no es la sola condición de juez o abogado lo que los hace representantes, sino su elección por los miembros de cada uno de dichos sectores. Mientras que los académicos y científicos no tienen un rol central en la integración del Consejo, según la interpretación del voto mayoritario, por lo que la ley 26.855 sobredimensiona su representación al elevar a seis su número, el doble que el fijado para diputados, senadores, jueces y abogados, y la distorsiona al establecer su elección por sufragio universal.

c. Compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria, puesto que deberán integrar las listas de los partidos políticos, hacer campaña electoral, proponer plataformas políticas, y procurar la cantidad de votos necesaria para ingresar al Consejo de la Magistratura. Todo ello claramente atentatorio de la requerida imparcialidad del magistrado frente a las partes en un proceso y a la ciudadanía en general.

d. Vulnera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral, ello así por impedir en forma irrazonable y discriminatoria la posibilidad de constituir agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura; por restringir la posibili-

dad de presentar candidatos al Consejo solo a las agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales; por exigir para que se adhiera la boleta de consejeros a la de legisladores nacionales en cada distrito, que en 18 de los 24 distritos se realice la adhesión con agrupaciones de idéntica denominación.

Con base en estos cuatro aspectos la Corte declara la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855; y en consecuencia el decreto 577/2013, en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura. Se agrega además la inaplicabilidad del art. 29 en cuanto dispone modificaciones a la mayoría para decidir la apertura del procedimiento de remoción de los jueces y las que se refieren al *quorum* previsto en el art. 7º, al régimen de mayoría y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura. Como consecuencia dispone que mantendrán su vigencia las normas anteriores, la ley 24.937, con las modificaciones de las leyes 24.939 y 26.080.

3. La posición contraria, que sostiene Zaffaroni, afirma que no hay inconstitucionalidad manifiesta en la modalidad de elección ni en la ampliación de consejeros. En su opinión no se puede negar al legislador el espacio para ensayar una estructura diferente ante una crisis, aunque sea un error político. Sobre la independencia judicial, defiende a la norma cuestionada, porque ayudaría a liberar al juez de la corporación o verticalización es decir, de la presión interna del Poder Judicial ejercida por los órganos de mayor instancia. Pero también la independencia externa, o sea de los partidos políticos y poderes fácticos, a partir de afirmar que no hay personas sin ideología y el juez —en el caso como consejero— es independiente de cualquier partido; y si ello no fuera así, será por causa de una falla ética en el magistrado. De ahí que la garantía de imparcialidad sea para Zaffaroni el pluralismo ideológico interno, donde cada uno sepa cómo piensa el otro y le exija coherencia.

B. Varios meses después, el 6 de marzo de 2014, este Tribunal Supremo rechaza por improcedente el recurso extraordinario en el amparo iniciado por Ricardo Monner Sans (44), tendiente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.080, en cuanto modifica la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura conforme a la ley 24.937.

Se confirma de esta forma el rechazo de dicho amparo, por un lado, atento a la falta de legitimación para accionar del actor, ya que no puede fundarse en el interés general de un abogado que se cumplan la Constitución y las leyes, pues no hay lugar en el orden federal para acciones populares que únicamente promuevan declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad conforme el art. 116 CN y el art. 2 de la ley 27. Por otro lado, se reafirma que el art. 114 referido no consagra la igualdad entre los distintos estamentos, sino el equilibrio en la integración. Ello así, señala que el equilibrio que debe existir entre los distintos estamentos

que conforman el Consejo no equivale a igualdad entre ellos, sino que aquel equilibrio es respetado siempre que no exista una acción hegemónica o predominio de uno de los estamentos por sobre el otro, remitiendo a lo decidido en “Rizzo”, lo cual debió ser demostrado concluyentemente por el demandante.

Argibay lúcidamente plantea que “es ino-cultable, por cierto, que la ley 26.080 incrementa la exposición del Consejo de la Magistratura al riesgo de funcionamiento anticonstitucional al acortar la distancia que debe recorrer el sector político para alcanzar una mayoría consolidada, mediante, por ejemplo, un acuerdo entre los representantes de mayoría y minoría que desdibuje su independencia de actuación parlamentaria. Sin embargo, se trata esta de una situación hipotética que no demuestra la inconstitucionalidad manifiesta de la ley, materia propia de una acción declarativa como la presente. En su texto, la ley no traspone el límite establecido por esta Corte en el precedente “Rizzo”, pues, al debilitar a la mayoritaria representación política, impide afirmar que le adjudica a esa parcialidad el poder de tomar las decisiones del Consejo de manera hegemónica respecto de las otras representaciones principales mencionadas en el art. 114 de la CN” (45).

C. Años más tarde y con nueva composición, el 16 de diciembre de 2021, se expide la Corte Suprema en mayoría conformada por los jueces Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti con la disidencia parcial de Lorenzetti en la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (46), por la inconstitucionalidad del sistema de integración, *quorum* y mayoría del Consejo de la Magistratura previsto en los arts. 1º y 5º de la ley 26.080 y, en consecuencia de ello, resultan inaplicables los arts. 7º, inc. 3, de la ley 24.937 y 6º y 8º de la ley 26.080, así como todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937.

1. La decisión de mayoría se basa en los siguientes pilares: en primer lugar, en el análisis del necesario equilibrio en la integración recordando lo dicho en las causas “Rizzo” y “Monner Sans”. Así señala que si bien pueden existir diferencias en el número de representantes de los distintos estamentos —en tanto no se exige una igualdad aritmética—, esas diferencias no pueden permitir que ninguno de ellos tenga predominio o se imponga sobre los demás, pues, en tal caso, se consagraría una composición desequilibrada en favor de ese estamento. Se agrega que las nociones de no predominio o no hegemonía constituyen la guía básica que debe orientar el análisis, puesto que representan el umbral que no puede ser transgredido. Hay hegemonía o predominio constitucionalmente vedado si, considerando las funciones asignadas al Consejo de la Magistratura y su importancia relativa, las reglas de integración y funcionamiento arrojan como consecuencia que un estamento pueda imponerse a los otros en las decisiones relevantes.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo aclarado, se advierte que el sector político tiene la posibilidad, a partir de la reforma de la ley 26.080, de realizar acciones

hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados, lo cual resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 CN. y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma. Así, el estamento político cuenta con un total de siete representantes —seis legisladores y un representante del Poder Ejecutivo—, número que le otorga *quorum* propio y la mayoría absoluta del cuerpo, lo que le permite poner en ejercicio, por sí solo, y sin la concurrencia de ningún representante de otro estamento, todas aquellas potestades del Consejo para las que no se ha fijado una mayoría agravada, las cuales —consideradas en su conjunto— revisten significativa trascendencia (47).

2. El voto en mayoría agrega una respuesta institucional claramente en ejercicio de su rol de órgano político. Advierte que “las decisiones con las repercusiones de la presente no pueden dictarse desatendiendo las consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del funcionamiento del Consejo de la Magistratura, brinde una respuesta como cabeza del Poder Judicial de la Nación en la que se establezcan pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el futuro” (48). De esta forma, al igual que en el caso “Rizzo” respecto a la ley 26.855, la Corte Suprema otorga efecto derogatorio a la declaración de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad dispuesta respecto a la ley 26.080 y por consiguiente establece que recobre vigencia el régimen legal anterior, es decir, la ley 24.937 con sus modificaciones posteriores. Se ha señalado que se trata de una hipótesis de “reviviscencia” normativa, de origen judicial y de tipo condicional y precario, ya que operaría en tanto el Congreso no sancionara otra norma en ese punto (49).

Sin embargo, avanza hacia un diálogo con el Poder Legislativo y con el propio Consejo de la Magistratura. Con relación al primero, como muestra de respeto por sus atribuciones en la tarea de organizar el Consejo de la Magistratura, lo exhorta a que dicte una nueva ley acorde con las exigencias constitucionales en un plazo razonable. Entretanto, en relación con el segundo, fija el plazo máximo de ciento veinte días corridos, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, para que el Consejo lleve a cabo las acciones necesarias, a fin de cumplir con el sistema de integración del cuerpo, *quorum* y mayorías, y con la composición de las comisiones previstos en la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Ello supone la conformación de veinte miembros presidida por el presidente de la Corte Suprema, funcionando con el *quorum* de doce miembros y con las comisiones integradas de conformidad con su art. 12. Dispone también que transcurrido el plazo de ciento veinte días, sin que se haya cumplido con la integración que aquí se establece, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos (50). A modo de

(44) CS, “Monner Sans, Ricardo c. EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986”, 06/03/2014, resuelto por los magistrados Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Petracchi, Fayt y por sus respectivos votos, Argibay y Zaffaroni, quien remitió a su disidencia en “Rizzo”. Ver el comentario de YLARRI, Juan Santiago, “La composición del Consejo de la Magistratura según la ley 26.080 y el precedente “Monner Sans”, DJ 13/08/2014, 15, TR LALEY AR/JUR/764/2014.

(45) Consid. 9.

(46) CS, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, 16/12/2021, LA LEY 30/12/2021, 1, con notas de SOLA, Juan Vicente y CAMINOS, Cristian

H., SJA 18/03/2022, 1, con notas de Mauro Benente y Sebastián Guidi; JA 2022-I, 104. Ver también MANILI, Pablo L., “La integración “equilibrada” del Consejo de la Magistratura en el reciente fallo de la Corte Suprema”, LA LEY 23/03/2022, 1; HERRERO, Luis René, “La República, al borde de perder el equilibrio. Cómo el fallo de la Corte sobre el Consejo de la Magistratura impacta en la división de poderes y en la independencia de los jueces”, LA LEY 23/03/2022, 1.

(47) Considerando 11 del voto de mayoría. Luego detalla en el Considerando 12 las distintas acciones que el sector político puede llevar a cabo por sí mismo, lo que se traduce en decisiones de significativa trascendencia en numerosos aspectos del funcionamiento del Consejo

y, en especial, en cuestiones estrechamente vinculadas con los procedimientos de nombramiento y remoción de magistrados.

(48) Consid. 17, cita (conf. doctrina de los precedentes “Rosza”, en especial considerando 22; “Rizzo”, en especial considerando 42; y “Uriarte”, en especial considerando 34).

(49) Así lo señala SAGÜÉS, Néstor P., “Sobre la reviviscencia judicial de las leyes”, LA LEY 11/05/2022, 1. Agrega “A favor de la tesis de la reviviscencia judicial obra el argumento de que si una ley inconstitucional resulta jurídicamente nula (decisión aplicable ya para todos, ya solamente para las partes de un proceso, de acuerdo con el sistema operante en cada Estado), dicha norma care-

ce —en su orden— de efectos jurídicos, y mal podría derogar a una norma preexistente (*quod nullum est nullum effectum producit*). A esta última, por ende, se la debería considerar (*erga omnes* o *inter partes*, según el caso) como no derogada”.

(50) Señala que “A tal efecto, resulta necesario que sean elegidos e incorporados el número de representantes por estamento para completar la composición fijada por el art. 2 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Los nuevos miembros iniciarán su mandato de manera conjunta y simultánea y lo concluirán —con excepción del presidente, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la ley 24.937— en el momento en que se complete el período del mandato de los consejeros actualmente en ejer-

cláusula transitoria, establece el voto de la mayoría que, hasta tanto el Consejo cumpla con el mandato de integración del cuerpo o hasta el vencimiento del plazo máximo de ciento veinte (120) días referido, lo que ocurra primero, continuará rigiendo el régimen de la ley 26.080.

3. Por su parte, el juez Lorenzetti, en disidencia parcial, señala como primer punto que la Corte Suprema tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de la ley sin que ello implique una intromisión en las facultades del Congreso, dado que es independiente justamente para poner límites a las decisiones de las mayorías que violen la Constitución Nacional (51).

Como segundo punto analiza si la composición dispuesta por la ley 26.080 es compatible con el equilibrio entre la representación de los órganos políticos y la de los jueces, abogados y representantes del ámbito académico y científico. La respuesta, con concordancia con la mayoría, viene de la mano de los precedentes de la misma Corte Suprema que cita, tanto “Rizzo” como “Monner Sans”, para concluir que la noción de *equilibrio* no equivale a *igualdad*, sino que debe existir contrapeso y ausencia de predominio, de manera que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo el cuerpo. En el caso entiende que ello sí se ha probado, dado que como está organizado el sistema, según la ley 26.080, con la sola anuencia del estamento político se alcanzaría la cantidad de miembros necesaria para sesionar y adoptar las decisiones que no exijan mayorías especiales, que son numerosas e impactan directamente en funciones que hacen al desempeño mismo del Consejo de la Magistratura (52).

Finalmente, se diferencia del voto de la mayoría en relación con la restitución de la vigencia de la ley 24.937, señalando que la parte actora en la causa no lo pidió y que, además, el Fiscal de Cámara en su momento cuestionó la decisión de restituir una ley derogada, ya que violaría la división de poderes y las facultades del Congreso. Recuerda que la ley 26.080 “sustituye” el art. 2º de la ley 24.937, lo que significa que la deroga; y con cita de Kelsen, afirma que puede ser vuelta a su vigencia solamente por medio de una norma legislativa que tenga el mismo contenido que la derogada. Marca la diferencia con el caso “Rizzo”, en el que se trató de una sentencia casi contemporánea con la ley 26.855, que declaró la “inaplicabilidad” y luego la “inconstitucionalidad” de tal norma que no llegó a aplicarse y por eso cobró vigencia la ley anterior. Ello no ocurre, a su juicio, respecto a la ley 26.080, que lleva dieciséis años de vigencia.

En esta línea advierte que le cabe al Congreso actuar, pero también contempla la hipótesis de que aquel no pueda aprobar una nueva ley, lo que dejaría vigente la ley declarada inconstitucional de modo permanente.

cicio. Los integrantes del cuerpo podrán ser reelegidos con intervalo de un periodo (art. 3 de la ley 24.937, texto según ley 26.855). Excepcionalmente, para los nuevos integrantes no se computará la primera elección a los efectos de una eventual reelección consecutiva” (Considerando 17).

(51) Recuerda que la Constitución brinda previsibilidad y los precedentes de la misma Corte no permiten dudas sobre su previsibilidad, lo que completa con importantes ejemplos. Así cita la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final (“Simón”, Fallos: 328:2056), la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal (“Bazterrica” y “Arriola”, Fallos: 308:1392 y 332:1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad (“Halabi”, Fa-

Por esta razón, siguiendo precedentes de la misma Corte, entiende que es necesario fijar un plazo razonable que no puede superar el año desde la notificación de esta sentencia, para que el Congreso la apruebe; transcurrido el cual, volvería a la Corte Suprema la toma de decisión sobre la manera de implementar la garantía de la independencia del Poder Judicial (53).

D. El 18 de abril de 2022, encontrándose firme la sentencia recaída en la causa vista “Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (54), del 16 de diciembre de 2021, el Superior Tribunal se expide a través de los magistrados Rosenkrantz, Rosatti y Maqueda, señalando que el 15 de abril se habría operado el vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días, sin que hasta ese momento el Congreso de la Nación hubiese sancionado una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura, mientras que el Consejo de la Magistratura sí habría realizado los actos necesarios para proceder a la nueva conformación del órgano. Por ello, entienden que corresponde que el Consejo de la Magistratura continúe funcionando de manera inmediata y de pleno derecho según las pautas fijadas por esa Corte Suprema en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

De ahí que, a partir del dictado de la presente decisión, el Consejo de la Magistratura sería presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los nuevos representantes que hayan sido elegidos o designados por sus respectivos estamentos asumirían sus cargos, previo juramento de ley, el *quorum* sería de doce miembros y las comisiones deberían ser conformadas según lo establecido en el art. 12 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939).

E. El mismo día, 18 de abril de 2022, en la causa “Casaretto” (55), con la firma de los mismos magistrados Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti, se declara nulo lo actuado por el Juzgado Federal N° 2 de Paraná, en tanto había dispuesto como medida interina —en los términos del art. 4º, inc. 1, tercer párrafo de la ley 26.854— que las cámaras de Senadores y de Diputados se abstuviesen de designar nuevos integrantes del Consejo de la Magistratura hasta tanto se produzcan los informes requeridos en dicho amparo. La nulidad dispuesta por la Corte Suprema se basó en la ostensible ausencia de jurisdicción, creando sin fundamento alguno el título para justificar su competencia e irrumpir de manera absolutamente irregular en la ejecución de la sentencia firme recaída en “Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, concluyendo severamente que la nulidad dispuesta supone extinguir un proceso que carecía de validez desde su promoción.

VI. Acuerdos y tensiones

De la reseña legislativa y jurisprudencial efectuada pueden extraerse algunos puntos de encuentro en contraposición de ciertos

llos: 332:111); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial (“Rossi”, Fallos: 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos (“Asociación de Trabajadores del Estado”, Fallos: 331:2499), también invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria (“Itzcovich”, Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del art. 14 bis de la CN (Badaro”, Fallos: 330:4866) (Considerando 5).

(52) Agrega que esta posibilidad de desbalance y quiebre de la regla de “no predominio” se ha dado con frecuencia durante los dieciséis años de vigencia de la ley, lo cual es analizado en el Considerando 10.

(53) Considerando 17. Agrega “En diversas oportuni-

desacuerdos entre la visión del Congreso y la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la formulación constitucional del Consejo de la Magistratura.

Como primer acuerdo entre la fundamentación constituyente y la interpretación jurisprudencial se destaca el cometido de dicho Consejo, principalmente orientado a despolitizar el procedimiento para la designación de los jueces, priorizando la selección con mayor grado de objetividad basada en la idoneidad científica y profesional, además de fomentar la promoción en la carrera judicial respetando los principios de igualdad e idoneidad. Todo ello como herramienta para fortalecer la independencia del Poder Judicial.

Como segundo punto, en relación con la integración y el mandato constituyente de respetar el equilibrio entre los estamentos que lo conforman, los desacuerdos entre la interpretación legislativa y la visión jurisprudencial son claros. La obra del Legislativo han ido mayormente hacia el incremento del predominio de un solo sector, los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular, como se advierte especialmente en las dos últimas normas reglamentarias del art. 114, las leyes 26.080 y 26.855. Mientras que las decisiones de la Corte Suprema se han inclinado decididamente por desechar el principio de igualdad estricta entre los estamentos, admitiendo en su lugar la tesis de la no preeminencia de uno sobre otros, fundamentalmente en los aspectos determinantes del funcionamiento e independencia judicial.

Así la interpretación jurisprudencial se ha ocupado de aclarar que entre los distintos sectores que conforman el Consejo no debe existir igualdad numérica para ajustarse al término equilibrio que exige el art. 114. En su lugar ha acogido la opinión de la mayoría de la doctrina que entiende que la pluralidad que aportan los distintos sectores debe traducirse en que ninguno por sí solo pueda imponer a los demás su posición. Ello cabe tanto para excluir la imposición de visiones corporativas como para rechazar las hegemonías de la política partidaria.

En tercer lugar se pone de manifiesto el rol de órgano político y de gobierno que ejerce la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial, asumiendo e implementando además las consecuencias de sus decisiones. Así, en el resolutivo que se aboca al tratamiento de la inconstitucionalidad de la ley 26.080, la posición de mayoría abre una instancia de diálogo en tanto exhorta al Poder Legislativo a que debata democrática y federalmente una nueva norma a la luz del mandato constitucional del art. 114, colocando un plazo preciso. También en aras a la seguridad jurídica y a fin de evitar el caos institucional o la eventual paralización del Consejo, se ocupa de aclarar las pautas para su correcto funcionamiento a partir del fallo dictado.

dades esta Corte ha dictado sentencias ante la omisión de legislación (Fallos: 330:4866, “Badaro”) y ha dispuesto medidas muy específicas (Fallos: 332:111, “Halabi”, considerandos 15 y 16).

(54) CS, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, 18/04/2022, TR LALEY AR/JUR/45132/2022.

(55) CS, “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/avocación en autos: Casaretto, Marcelo Pablo c. Cámara de Diputados Nacionales y otro s/ amparo ley 16.9862”, 18/04/2022, SJA 13/05/2022, 6. La causa se inicia con el planteo de Marcelo Pablo Casaretto, como ciudadano y diputado nacional por Entre Ríos contra el Congreso de la Nación con el objeto de que se ordene a este último que lleve a cabo las medidas necesarias para aprobar una nueva ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, respetando el equilibrio en la representa-

Se ofrece también otra interpretación en el camino de diálogo con el Poder Legislativo en la disidencia parcial; y es, a partir de fijar un plazo razonable, que no podría exceder el año desde la notificación de la sentencia, para que el Congreso debata y finalmente apruebe una norma acorde al mandato constitucional, transcurrido el cual, volvería a la Corte Suprema la toma de decisión sobre la manera de implementar la garantía de la independencia del Poder Judicial.

Se advierte en este punto la coincidencia en los cuatro magistrados, en torno al rol del Congreso y su accionar indispensable en el dictado de las denominadas leyes constitucionales, las que si bien formalmente no integran la Constitución, la “cierran” en términos de complementación, como en el caso en análisis. Ahora bien, las diferencias aparecen en los plazos fijados por la Corte Suprema al Congreso y las consecuencias de la omisión legislativa. En este sentido, transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días fijado por la posición de mayoría, constatada la imposibilidad legislativa de arribar a la sanción normativa esperada, los magistrados Rosenkrantz, Maqueda y Rosatti firman la decisión de hacer efectiva la implementación de manera inmediata y de pleno derecho del Consejo de la Magistratura, conforme a la ley 24.937 con sus modificaciones posteriores, según las pautas fijadas en el resolutivo de diciembre de 2021.

En cuarto lugar, y en relación con los efectos derogatorios de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, se advierte, por un lado, la posición de mayoría que convalida la tendencia a la revivificación judicial de normas legislativas, observado tanto en el caso “Rizzo” respecto a la ley 26.080 al ser declarada inconstitucional la ley 26.855, como en “Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” respecto a la ley 24.937 y sus modificaciones, ante la inconstitucionalidad de la ley 26.080. Ello podría merecer consideraciones críticas por la pretensión legisferante de la Corte Suprema en una muestra de activismo judicial. Mientras que, por otro lado, la disidencia parcial pretende distinguir entre un caso y otro, justificando dicho efecto resucitador en “Rizzo”, por cuanto la inconstitucionalidad se declara respecto a una norma que no había llegado a aplicarse, lo que no ocurre en “Colegio de Abogados ...” donde viene a ser resuelto el planteo a más de una década de vigencia de la legislación atacada.

Por último, cabe subrayar que los acuerdos y las tensiones referidos ponen de manifiesto la importancia de la interpretación constitucional, la que supone un proceso complejo y siempre *controversial* (56). Ello así, porque la Constitución es, entre otras cosas, un programa de vida colectiva, sus normas configuran un conjunto de valores, declaraciones, normas, instituciones, estándares éticos y políticos, instrumentos para

ción exigido por los art. 114 y 115 CN. Asimismo requirió que en forma urgente y cautelar se suspenda “cualquier intento por parte del Poder Legislativo (...) de designar nuevos integrantes de dicho organismo en los términos del art. 2, inc. 3 de la derogada ley 24.937 y de cualquier normativa complementaria de la misma, por resultar ello ilegal, arbitrario, ilegítimo e inconstitucional, hasta tanto se sancione una nueva ley que rija su integración”. Finalmente, solicitó una medida cautelar interina o “precautelar” por medio de la cual se ordene a los presidentes de las Cámaras de Diputados y de Senadores que se abstengan de designar nuevos integrantes del Consejo de la Magistratura hasta que se sancione la nueva ley.

(56) ZULETA PUCEIRO, Enrique, “Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio”, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 25/27. Del mismo autor ver “Teoría del derecho. Enfoques y aproximaciones”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

equilibrar el ejercicio de los derechos y el funcionamiento del poder. En este sentido se ha sostenido que la interpretación *implementa* la Constitución (57).

En este contexto, tanto al Poder Legislativo como al Judicial les corresponde llevar a cabo una interpretación previsoría (58) de la Constitución Nacional. En el caso del art. 114 el primer intérprete es el Congreso por mandato constitucional y luego, ante el planteo judicial, la Corte Suprema como intérprete último. De esta forma, en el caso del Consejo de la Magistratura, desde la remisión a la

intención del constituyente y, sobre todo, su armonización con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución, corresponde que el Congreso adopte o, en su caso, cuestione la interpretación jurisprudencial y, con la pluralidad de voces que lo integra, sancione una norma que dé cabal cumplimiento al texto constitucional. En este sentido debería recordar que el objetivo principal de la incorporación del Consejo fue fortalecer la independencia del Poder Judicial y reducir la gravitación de la política partidaria en la designación de los jueces, previendo una integración equilibra-

da, interpretada como contrapeso entre los estamentos que lo conforman. Se impone la interpretación del Congreso, que haga suya o modifique la interpretación judicial.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3231/2022

Más información

Palacio de Caeiro, Silvia B., "Independencia judicial en el Consejo de la Magistratura de la Nación", LA LEY 23/03/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/1039/2022

Sabsay, Daniel, "La nueva composición del Consejo de la Magistratura", SJA 06/05/2022, 1, JA 2022-II, TR LALEY AR/DOC/1338/2022

Libro recomendado

Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada.

Autora: María Angelica Gelli

Edición: 6ª Actualizada y ampliada 2022

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(57) ZULETA PUCEIRO, Enrique, ob. cit., p. 27. Ver también SAGÜÉS, Néstor P., "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", en JA 2003-IV-1220.

(58) La interpretación previsoría es la que propugna

que, una vez detectado el sentido de la norma constitucional, el intérprete no debe dar por concluido su objetivo sino que debe continuar en el sentido de averiguar si el resultado de la interpretación es adecuado y desecharlo si no lo es (Conf. ÁBALOS, María Gabriela, "La interpreta-

ción constitucional: ¿importante, polémica y tramposa?"; en *Estudio sobre Derecho Procesal*, El Derecho, Buenos Aires, 2008, p. 91). Ver a VIGO, Rodolfo L., "Interpretación constitucional", Lexis Nexis Abeledo - Perrot; Buenos Aires, 2004, 2ª ed.; SAGÜÉS, Néstor P., "El tercer po-

der. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, etc.

Nota a fallo

Impuesto al valor agregado

Duty free shops. Venta de mercaderías de origen extranjero. Pedido de devolución del crédito fiscal. Operaciones no sujetas al régimen de exportaciones.

- Las ventas de mercaderías de origen extranjero realizadas por la actora en los "duty free shops" que explota no están sujetas al régimen de las exportaciones en los mismos términos que la mercadería de origen nacional y, por lo tanto —tal como lo decidió el Fisco Nacional—, no tiene derecho a la devolución de los créditos fiscales del impuesto al valor agregado por dichas operaciones.
- El art. 2º de la ley 22.056 excluye a las ventas de mercaderías de origen extranjero efectuadas en las tiendas libres de impuestos del tratamiento impositivo

que se le otorga a las exportaciones. Ello así, toda vez que —al regular ambos supuestos— el legislador de manera expresa le reconoció solo dicho beneficio a las mercaderías nacionales. Tal postura es la que ha seguido el organismo recaudador al rechazar las devoluciones del impuesto al valor agregado requeridas, motivo por el cual deben ser confirmados los actos administrativos cuestionados.

- El tratamiento diferenciado que ha efectuado el legislador sobre las operaciones realizadas en "tiendas libres" prevalece por sobre el régimen general de las zonas francas que estableció el Congreso al sancionar el Código Aduanero y cuyo régimen intenta aplicar la actora. El principio de especialidad normativa supone que, en el supuesto de contradicción o tratamiento diferente de un mismo supuesto entre una norma general y otra especial, esta última se aplicará con preferencia a la ley general.

- De la interpretación de los arts. 1º y 2º de la ley 22.056 se advierte que: i) la adquisición de mercadería de origen nacional o extranjero por parte de los pasajeros que embarquen con destino al exterior posee una franquicia de tributos; ii) cuando se trate de mercaderías de origen nacional, dicha franquicia comprende a los derechos de exportación y a los demás gravámenes adicionales a la exportación, incluidas las tasas; y iii) a los fines del impuesto al valor agregado e internos, las ventas de mercaderías de origen nacional realizadas por la tienda libre a los pasajeros que salgan del país recibirán el tratamiento de las exportaciones.

- Las mercaderías de origen extranjero no reciben "el tratamiento de las exportaciones", porque el legislador ha decidido excluirlas de dicho régimen —cfr. ley 22.056—. Tal interpretación del organismo recaudador —controvertida en autos— surge de la literalidad de la nor-

ma, pauta de hermenéutica que se impone cuando las normas no exigen realizar esfuerzo intelectual, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas.

CNFed. Contencioso administrativo, sala V, 30/08/2022. – Interbaires SA c. EN-AFIP-DGI s/ Proceso de conocimiento.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/114981/2022]

Costas

A la demandada vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

Véase el texto completo en p. 8

El tratamiento en el IVA de las ventas realizadas en las tiendas libres de impuestos o "free shops"



Ezequiel Maltz

Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Tributario (Univ. Austral). Especialista en Fiscalidad Internacional (Univ. de Santiago de Compostela, España). Coordinador de la asignatura "Regímenes Tributarios Provinciales y Municipales" de la Maestría en Derecho Tributario (Univ. Austral). Auxiliar docente de Finanzas y Derecho Financiero, Cátedra II (UNLP). Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y relator en su correspondiente Comisión de Tribunales Fiscales.

SUMARIO: I. Introducción.— II. La normativa aduanera.— III. Las tiendas libres de impuestos o "free shops".— IV. La situación en el IVA.— V. El caso bajo comentario.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el fallo bajo comentario (Interbaires SA c/ EN - AFIP DGI s/ Dirección General Impositiva) se debatió una interesante cuestión. Esto es la aplicación de la devolución del IVA sobre mercadería exportada en las denominadas *tiendas libres de impuestos*.

La empresa actora explotadora de la tienda libre inició un pedido de devolución rechazado por la autoridad de aplicación. Impugnada la decisión ante la justicia, se hace lugar al planteo del contribuyente en primera instancia.

A posteriori la AFIP apela la sentencia, emitiéndose el fallo de la Cámara Contencioso

Administrativo Federal, Sala V, en fecha 30/08/2022, bajo comentario. Dicho pronunciamiento hace lugar al recurso de apelación del fisco y termina rechazando el pedido de devolución del contribuyente, siendo interesante cómo entran a jugar las normas relativas al derecho aduanero, zonas aduaneras especiales y "free shop", para conocer si resulta aplicable el reintegro de créditos fiscales por exportaciones en el IVA.

A continuación haremos una breve descripción de los regímenes y normativa aplicable, para luego adentrarnos en la resolución del caso por la Cámara Federal.

II. La normativa aduanera

A los fines de conocer la problemática del caso, es ineludible acudir al Código Aduanero como normativa específica.

En primer término, sus disposiciones rigen en todo el ámbito terrestre, acuático y aéreo sometido a la soberanía de la Nación Argentina, así como también en los enclaves constituidos a su favor.

El art. 2º del Código Aduanero indica que el territorio aduanero es la parte del ámbito en la que se aplica un mismo sistema arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones.

Se define al *territorio aduanero general* como aquel en el cual es aplicable el sistema general arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones.

Por su parte el *territorio aduanero o área aduanera especial* es el lugar donde deviene aplicable un sistema especial arancelario y

de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y a las exportaciones.

El art. 9º indica que: "1. *Importación es la introducción de cualquier mercadería a un territorio aduanero. 2. Exportación es la extracción de cualquier mercadería de un territorio aduanero.*"

Mediante el art. 590 del Código Aduanero también se define al *área o zona franca* como "un ámbito dentro del cual la mercadería no está sometida al control habitual del servicio aduanero y su introducción y extracción no están gravadas con el pago de tributos, salvo las tasas retributivas de servicios que pudieren establecerse, ni alcanzadas por prohibiciones de carácter económico".

Sumamente relevante resulta el art. 593 del Código al establecer que la introducción al

área franca de mercadería, aun cuando proviniere del territorio aduanero general o de uno especial, se considerará como si se tratara de importación; y que la extracción del área franca de mercadería, aun con destino al territorio aduanero general o a uno especial, se considerará como si se tratara de exportación.

III. Las tiendas libres de impuestos o “free shops”

Estos establecimientos en nuestro país están regulados mediante la ley 22.056

Dicha ley instituye el régimen de tiendas libres para la venta de mercaderías en las condiciones en ella previstas, para funcionar en los aeropuertos internacionales que cuenten con servicio permanente de aduanas.

Su art. 2º autoriza a los pasajeros que embarquen con destino al exterior, incluidos los pasajeros en tránsito final al exterior, a adquirir mercadería de origen nacional o extranjero en franquicia de tributos, en cantidad que no permita presumir fines comerciales o industriales.

Expone asimismo que en cuanto a las mercaderías de origen nacional y con respecto a los pasajeros que las exporten, la franquicia aquí establecida comprende a los derechos de exportación y a los demás gravámenes adicionales a la exportación, incluidas las tasas.

Finalmente este artículo segundo nos dice que, a los fines de los impuestos al valor agregado e internos, las ventas de dichas mercaderías realizadas por la tienda libre a los pasajeros que salgan del país recibirán el tratamiento de las exportaciones.

El art. 3º a su vez autoriza a los pasajeros que arriban del exterior, a adquirir mercadería de origen extranjero que específicamente determine el Ministerio de Economía de la Nación, libre de todo gravamen, incluidas las tasas, en los términos del Régimen General de despacho de equipajes y dentro de los límites previstos para cada categoría por dicho ordenamiento.

Se ha definido a las tiendas libres de impuestos o “duty-free shops” como comercios minoristas ubicados en aeropuertos o puertos en los cuales los viajeros internacionales pueden comprar con franquicias de derechos aduaneros o de otros impuestos, diferenciándolos de las zonas francas, ya que en dichos negocios las exenciones no siempre son de derechos aduaneros, sino que en muchos ca-

sos existe la exoneración de los impuestos a los artículos de uso o al valor agregado (1).

IV. La situación en el IVA

Para comprender los principios y fundamentos en juego, hay que señalar que en materia de comercio internacional existen dos métodos para que la aplicación de los tributos que gravan los bienes y servicios que se transfieren de un país a otro no se superponga.

Por un lado el principio del país de destino, mediante el cual el país del exportador no debe gravar los bienes exportados. Asimismo el país de destino (del importador) grava el producto en el mercado consumidor con los impuestos correspondientes.

El sistema antagónico es el que establece que los productos exportados solo tributan en el país productor o exportador, con independencia de su destino (2).

Nuestra Ley de Impuesto al Valor Agregado se enrola en el principio del país de destino, intentando así no exportar impuestos.

Por un lado el art. 8 inciso d), establece que quedan exentas del gravamen las exportaciones.

Mediante su art. 43 agrega que los exportadores podrán computar contra el impuesto que en definitiva adeudaren por sus operaciones gravadas el impuesto que por bienes, servicios y locaciones que destinaren efectivamente a las exportaciones o a cualquier etapa de su consecución, les hubiera sido facturado, en la medida en que esté vinculado a la exportación y no hubiera sido ya utilizado por el responsable.

De esta manera los exportadores podrán compensar estos créditos fiscales con sus débitos fiscales por operaciones internas o, en su caso, solicitar la devolución de los créditos fiscales. Esto último fue lo que aconteció en el caso comentado.

La no gravabilidad de las operaciones de exportación, sumada a la posibilidad de los exportadores de computar los créditos fiscales, hace que desaparezca la incidencia del impuesto y que el régimen se conozca como “gravabilidad a tasa cero” (3).

V. El caso bajo comentario

En primera instancia el contribuyente *Interbaires S.A.* inició un pedido de devolución de

créditos fiscales del Impuesto al Valor Agregado, que fuera rechazado en sede administrativa.

El motivo consistió en que se trataba de exportaciones generadas por la comercialización de mercadería dentro de las “tiendas libres de impuestos”.

El juez de primera instancia hizo lugar al pedido de devolución señalando que el crédito fiscal originado por la empresa actora se componía con la adquisición de bienes y servicios relacionados con su operatoria comercial, la cual se ceñía a la venta de mercadería en las tiendas libres de impuestos (“duty free shops”) localizadas en los Aeropuertos de Ezeiza, Córdoba, Mendoza, Bariloche y Aeroparque Jorge Newbery y que, de conformidad al criterio imperante en el Código Aduanero, las ventas que allí se efectuaban debían ser consideradas como exportaciones.

Recordó el magistrado que el argumento central utilizado por la AFIP para rechazar las devoluciones solicitadas se basó en la circunstancia de que, conforme lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2º de la ley 22.056, la actora no se encontraría habilitada para solicitar dicha devolución con respecto a las exportaciones de mercadería que no fuera de origen nacional. Respecto a las mercaderías de origen nacional la propia demandada había reconocido la procedencia de la devolución.

Agregó el juez que el hecho de que el Código Aduanero entienda que “la extracción del área franca de mercadería [...], se considerará como si se tratara de exportación” resultaba suficiente a efectos de considerar a la operatoria de la actora —venta de mercadería libre de impuestos— como exportaciones, sin distinciones de ningún tipo.

Apelada la sentencia por el fisco nacional, la Cámara Federal resolvió la controversia revocando la sentencia y haciendo lugar a la postura fiscal.

La Cámara remarca que la actora solicitó el recupero del IVA de aquellas operaciones gravadas, vinculadas a las ventas de las mercaderías de origen extranjero realizadas en las *tiendas libres*.

Se centra en la propia ley 22.056 para resolver la cuestión. Advierten que las mercaderías de origen extranjero no reciben “el tratamiento de las exportaciones”, porque el legislador ha decidido excluirlas de dicho régimen. Tal interpretación surge de la literalidad de la norma.

Así resulta de la disposición en análisis que las ventas de mercaderías de origen

extranjero a las que se refiere la actora no están sujetas al régimen de las exportaciones en los mismos términos que la mercadería de origen nacional y, por lo tanto, la demandante no tiene derecho a la devolución de los créditos fiscales del impuesto al valor agregado por dichas operaciones.

En definitiva consideran que este tratamiento diferenciado que ha efectuado el legislador sobre las operaciones realizadas en “tiendas libres” prevalece por sobre el régimen general de las zonas francas que estableció el Congreso al sancionar el Código Aduanero y a cuyo régimen intenta apelar la actora, haciendo aplicación de la norma especial por sobre la general.

VI. Conclusiones

El Código Aduanero establece la definición de exportación y las distintas áreas o zonas aduaneras. Por su parte la ley 22.056 crea el régimen especial de tiendas libres de impuestos en aeropuertos.

Ambas normas asimilan determinadas operaciones a las exportaciones y les dan tratamiento como tales.

Asimismo la ley de IVA intenta hacer plenamente neutral al tributo sobre exportaciones, las exime del gravamen y permite computar contra el impuesto adeudado por sus operaciones gravadas los créditos fiscales abonados por exportadores o bien solicitar su devolución.

El juez de primera instancia hace lugar al planteo del contribuyente y desestima la postura fiscal, haciendo hincapié en el Código Aduanero sin distinguir el origen de la mercadería.

La alzada termina revocando la sentencia y rechazando la devolución hace aplicación de la ley especial de tiendas libres, que asimila a las exportaciones únicamente a la venta de mercadería de origen nacional, pero no así la de origen extranjero.

Por ello, al tratarse de mercadería extranjera, se rechaza la demanda.

El caso deviene interesante atento a que se debate la primacía de una norma sobre otra, modificando ello la resolución del caso, debiendo tener presente también los fundamentos del tratamiento de las exportaciones en el IVA, para conocer la solución más justa.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3232/2022

Texto completo de fallo de p. 7

2ª Instancia.- Buenos Aires, 30 de agosto de 2022.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Treacy* dijo:

I.- Que mediante la sentencia obrante a fojas 182 de las actuaciones digitales, el juez de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por Interbaires SA en la causa N° 67.993/15 y sus conexas Nros. 60.745/2016, 701/2018 y 14.870/2017 y, en consecuencia, revocó las Resoluciones Nros. 52/15, 37/16, 121/17 y 81/16, impugnadas respectivamente en las mencionadas causas, mediante las cuales se rechazó la solicitud de devolución de los créditos fiscales del Impuesto al Valor Agregado requerida por la accionante, vinculado a operaciones de exportación generadas por la comercialización de mercadería dentro de las “tiendas libres de impuestos”, por los períodos fiscales 01/11; 12/08 a 11/09; 12/10 y 2/11 a

12/11; y 12/09 a 11/10, respectivamente. Impuso las costas a la vencida.

Para así decidir, luego de reseñar la normativa aplicable al caso, sostuvo que la cuestión a dilucidar se circunscribía a la solicitud de devolución de los créditos fiscales vinculados a las operaciones realizadas con mercadería de origen extranjero. Ello así, toda vez que, por un lado, los montos de los créditos fiscales vinculados a la mercadería obtenida por la empresa actora por consignación habían sido desistidos en todas las causas reclamadas. Y, por otro lado, habida cuenta que los montos reclamados con relación a los créditos fiscales vinculados a la adquisición de mercaderías de origen nacional, habían sido reconocidos por la propia demandada.

Señaló que el crédito fiscal originado por la empresa actora —y por el cual solicitó su recupero— se compone con la adquisición de bienes y servicios relacionados con su operatoria comercial, la cual se encuentra ceñida a la venta de mercadería en las tiendas libres de impuestos (“duty free shops”) que se encuentran localizadas en los Aeropuertos de Ezeiza,

Córdoba, Mendoza, Bariloche y Aeroparque Jorge Newbery y que, de conformidad al criterio imperante en el Código Aduanero, las ventas que allí se efectúan deben ser consideradas como exportaciones.

Recordó que el argumento central utilizado por la demandada para rechazar las devoluciones solicitadas se basó en la circunstancia de que, conforme lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2º de la Ley N° 22.056, la actora no se encontraría habilitada para solicitar dicha devolución con respecto a las exportaciones de mercadería que no fuera de origen nacional.

Sentado ello, advirtió que la aclaración que hace la última parte del mencionado artículo 2º de la Ley N° 22.056, con relación a la mercadería de origen nacional, “se refiere a que las ventas que efectúa la tienda libre de impuestos —a los fines del IVA— recibirá el mismo tratamiento que las exportaciones, es decir que no estarán gravadas ni siquiera por el tributo local, por eso agrega el vocablo ‘las’; es por ello que la interpretación que efectúa el organismo recaudador resulta no solo forzada, sino que además

arbitraria, realizando una distinción que no se encuentra prevista normativamente”.

Agregó que el hecho de que el Código Aduanero entienda que “la extracción del área franca de mercadería [...], se considerará como si se tratara de exportación” resulta suficiente a efectos de considerar a la operatoria de la actora —venta de mercadería libre de impuestos— como exportaciones, sin distinciones de ningún tipo.

Por último, señaló que “de admitirse la postura del ente fiscal estaríamos obligando a las tiendas libres de impuestos a que realicen su operatoria comercial solamente con mercadería de origen nacional y haciendo una distinción carente de asidero lógico y normativo de lo que se entiende por exportaciones en el marco de la presente causa; todo ello en detrimento del derecho constitucional de trabajar y comerciar previsto en el artículo 14 [de la Constitución Nacional]”. En virtud de ello, entendió que las solicitudes de recupero del IVA con relación a las operaciones vinculadas con las exportaciones —sin importar el origen de la mercadería— resultan procedentes.

II.- Que contra dicha decisión, a fojas 189 apeló el Fisco Nacional y a fojas 193/199 expresó agravios, los que fueron replicados por su contraria mediante el escrito que luce agregado a fojas 201/203 de las actuaciones digitales.

En su memorial, sostiene que la Ley N° 22.056, que regula el régimen de “Tiendas Libres de Impuestos”, restringe el tratamiento de las exportaciones en IVA e internos únicamente a la mercadería de origen nacional respecto de los pasajeros que salgan del país. En tal sentido, afirma que “las ventas de mercaderías de origen extranjero no tienen dicho tratamiento, por lo tanto a ellas no le resulta aplicable el régimen de reintegro al que se refiere el art. 43 de la Ley de IVA y la RG 2000 (AFIP)”.

Agrega que el juez de grado yerra al concluir que todas las ventas realizadas por la actora deben ser consideradas como exportaciones, sin distinción de si son de origen nacional o extranjero. En tal sentido, señala que el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 22.056, habla de “las mercaderías de origen nacional” y que cuando se refiere al impuesto al valor agregado lo hace respecto de dichas mercaderías.

De ello surge –según entiende– que la AFIP ha hecho una interpretación correcta de las citadas normas, al sostener que las mercaderías importadas quedan excluidas del régimen de reintegro del IVA. De lo contrario se estaría vulnerando la naturaleza y la especificidad del IVA en los términos del art. 43 de la Ley del Impuesto y de la RG 2000/06 (AFIP).

En este orden, concluye que la actora no puede pedir el reintegro de un crédito que no cumpla con los requisitos de la normativa aplicable.

III.- Que así las cosas, cabe recordar que el crédito fiscal originado por la empresa actora –por el cual solicitó su recupero– se compone de la adquisición de bienes y servicios relacionados con su operatoria comercial, la cual se encuentra circunscripta a la venta de mercadería en las tiendas libres de impuestos (“duty free shops”) que se encuentran localizadas en los Aeropuertos de Ezeiza, Córdoba, Mendoza, Bariloche y Aeroparque Jorge Newbery.

En este marco, según postula la actora, al considerarse que las tiendas libres quedan comprendidas en la definición de áreas francas que establece el Código Aduanero, en virtud de lo dispuesto en los artículos 590 y 593 del citado Código, todas las ventas realizadas en las Tiendas Libres bajo su explotación deberían ser consideradas como si se tratara de operaciones de exportación.

En este entendimiento, la accionante solicitó –en lo que aquí interesa– el recupero del IVA de aquellas operaciones gravadas, vinculadas a las ventas de las mercaderías de origen extranjero realizadas en las Tiendas Libres.

Sin embargo, dicha solicitud fue rechazada por el organismo recaudador al considerar que, conforme lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 22.056, la actora no se encontraría habilitada para solicitar esa devolución con

respecto a las operaciones realizadas con mercaderías que no fueran de origen nacional.

IV.- Que en este marco, se advierte que la controversia se circunscribe a determinar si corresponde –o no– la devolución del IVA respecto de las operaciones de venta de mercaderías de origen extranjero realizadas por la actora en los “duty free shops” que aquella explota.

El fundamento de la demandante radica en que, sus operaciones se realizan en las denominadas “áreas francas” y –por lo tanto– deben ser consideradas exportaciones a los fines de su tratamiento tributario. Por otro lado, el Fisco Nacional entiende que la Ley N° 22.056 regula de forma particular a las ventas de origen extranjero en las “tiendas libres” y las excluye de tratamiento impositivo que se les otorga a las exportaciones.

Ahora bien, la postura de la actora –a la cual adhirió el juez de grado al hacer lugar a la demanda– considera que las tiendas libres quedan comprendidas en la definición de áreas francas, conforme lo dispuesto en el artículo 590 del Código Aduanero, y que la mercadería que allí se encuentra no estaría sometida al control habitual del servicio aduanero y su introducción y extracción de dicho territorio no estaría gravada con el pago de tributos, salvo las tasas retributivas de servicios que pudieren establecerse, ni alcanzada por prohibiciones de carácter económico. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 593, apartado 2, del citado Código “[l]a extracción del área franca de mercadería, aun con destino al territorio aduanero general o a uno especial, se considerará como si se tratara de exportación”.

En este contexto, según el cual la actora considera que sus operaciones se realizan en las denominadas “áreas francas”, solicita la aplicación del artículo 43 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado que permite a los exportadores recuperar el impuesto que les hubiere sido facturado por sus proveedores cuando las prestaciones de servicios o provisión de bienes efectuadas por estos se encuentren vinculadas a las operaciones de exportación. Además, la Resolución General (AFIP) N° 2000/06 regla los requisitos para aquellos exportadores que soliciten la acreditación, devolución o transferencia de los importes correspondientes al impuesto al valor agregado que les haya sido facturado, según lo dispuesto en el segundo párrafo del ya citado artículo 43 de la ley del gravamen.

V.- Que sin perjuicio del encuadre normativo al que se remite la actora, corresponde adelantar que el legislador ha previsto un tratamiento diferente para las operaciones de venta de mercaderías de origen extranjero controvertidas en este proceso y realizadas en las denominadas “áreas francas”.

En efecto, por medio de la Ley N° 22.056 se instituyó “el régimen de tiendas libres para la venta de mercadería en las condiciones previstas en la presente ley para funcionar en los aeropuertos que cuenten con servicio perma-

nente de aduanas” (cfr. art. 1°, Ley cit.). Según dispone esta norma, se le otorga a los pasajeros que embarquen con destino al exterior, incluidos los pasajeros en tránsito final al exterior, el derecho a adquirir en las tiendas libres mercadería de origen nacional o extranjero en franquicia de tributos en cantidad que no permita presumir fines comerciales o industriales (cfr. art. 2°, Ley cit.).

Agrega la ley que “[e]n cuanto a las mercaderías de origen nacional y con respecto a los pasajeros que las exporten, la franquicia aquí establecida comprende a los derechos de exportación y a los demás gravámenes adicionales a la exportación, incluidas las tasas. A los fines de los impuestos al valor agregado e internos, las ventas de dichas mercaderías realizadas por la tienda libre a los pasajeros que salgan del país recibirán el tratamiento de las exportaciones” (cfr. art. 2°, Ley cit.).

V.I.- De la interpretación de dichos artículos se advierte que: i) la adquisición de mercadería de origen nacional o extranjero por parte de los pasajeros que embarquen con destino al exterior posee una franquicia de tributos; ii) cuando se trate de mercaderías de origen nacional dicha franquicia comprende a los derechos de exportación y a los demás gravámenes adicionales a la exportación, incluidas las tasas; y iii) a los fines del impuesto al valor agregado e internos, las ventas de mercaderías de origen nacional realizadas por la tienda libre a los pasajeros que salgan del país recibirán el tratamiento de las exportaciones.

En efecto, de la lectura del artículo 2° de la Ley N° 22.056 se advierte que el primer párrafo de la norma determina quiénes son los sujetos habilitados para adquirir mercaderías en franquicia de tributos, tratando expresa y conjuntamente tanto las mercaderías de origen nacional como las de origen extranjero. Sin embargo, en la segunda parte de dicho artículo el legislador delimita los derechos y gravámenes que comprende dicha franquicia con respecto a las mercaderías de origen nacional y aborda, en ese párrafo, el tratamiento que deberán recibir las ventas de “dichas mercaderías” (esto es, la mercadería de origen nacional) con respecto al impuesto al valor agregado e internos.

De esta forma, se advierte que las mercaderías de origen extranjero no reciben “el tratamiento de las exportaciones” porque el legislador ha decidido excluirlas de dicho régimen. Tal interpretación del organismo recaudador –controvertida en autos– surge de la literalidad de la norma, pauta de hermenéutica que se impone cuando las normas no exigen realizar esfuerzo intelectual, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas (Fallos: 311:1042, entre otros).

En tal sentido, la simple lectura de la norma de que se trata permite alcanzar una interpretación diferente de la sostenida en la sentencia de grado.

En síntesis, resulta de la disposición en análisis que las ventas de mercaderías de origen

extranjero a las que se refiere la actora no están sujetas al régimen de las exportaciones en los mismos términos que la mercadería de origen nacional y, por lo tanto, la demandante –tal como lo decidió el Fisco Nacional– no tiene derecho a la devolución de los créditos fiscales del impuesto al valor agregado por dichas operaciones.

V.2.- De acuerdo con ello, este tratamiento diferenciado que ha efectuado el legislador sobre las operaciones realizadas en “tiendas libres” prevalece por sobre el régimen general de las zonas francas que estableció el Congreso al sancionar el Código Aduanero y cuyo régimen intenta aplicar la actora.

En efecto, el principio de especialidad normativa supone que, en el supuesto de contradicción o tratamiento diferente de un mismo supuesto entre una norma general y otra especial, esta última se aplicará con preferencia a la ley general (cfr. Sala IV, *in re*: “H, K c/ Estado Nacional - Min. Del Interior, Obras Públicas y Vivienda - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM”, sentencia del 15/02/18).

En este orden, a la luz de estas pautas de interpretación, cabe concluir que el artículo 2° de la Ley N° 22.056 excluye a las ventas de mercaderías de origen extranjero efectuadas en las tiendas libres de impuestos del tratamiento impositivo que se les otorga a las exportaciones. Ello así, toda vez que –al regular ambos supuestos– el legislador de manera expresa le reconoció solo dicho beneficio a las mercaderías nacionales. Tal postura es la que ha seguido el organismo recaudador al rechazar las devoluciones requeridas, motivo por el cual deben ser confirmados los actos administrativos cuestionados.

VI.- Que en virtud de las consideraciones expuestas precedentemente corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada. Con costas (art. 68, primer párrafo, del CPCCN).

Así voto.

El doctor *Gallegos Fedriani* adhiere al voto del doctor *Treacy*.

En virtud del resultado del acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve*: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Fisco Nacional a fojas 189 y, en consecuencia, revocar la resolución apelada; 2) Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 del CPCCN).

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge Federico Alemany no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109, RJN).

Regístrese, notifíquese a las partes, agréguese copia de la presente resolución en las causas Nros. 701/2018; 60.745/2016 y 14.870/2017 y, oportunamente, devuélvanse. — *Guillermo F. Treacy*. — *Pablo Gallegos Fedriani*.

Jurisprudencia

Contrato de trabajo

Trabajador que filmó a un compañero mientras se bañaba. Divulgación del video en el ámbito laboral. Despido. Proporcionalidad de la sanción. Facultad disciplinaria.

1. - Se debe rechazar el recurso de apelación, si bien el actor insiste en que se trató de una broma habitual entre compañeros de trabajo, que el afectado por dicha broma también las realizaba y que la sanción fue desproporcionada, dado que no tenía antecedentes, desatiende el testimonio

del sujeto pasivo de la broma que tuvo en cuenta la jueza, más la angustia, humillación y vergüenza que aquel sintió, lo que se vio agravado por sus convicciones religiosas, amén de que aun cuando esta aflicción no hubiera sido experimentada, de todas maneras la empresa debía velar por la integridad psicofísica y la dignidad de sus dependientes de acuerdo con el art. 75 de la LCT (del voto del Dr. De Cunto).

2. - En el caso la sentenciante tuvo en cuenta no solo la totalidad de la prueba testimonial, de la cual la quejosa cita la que supuestamente le es favorable, sino que

además consideró el propio video filmado por el actor, también visualizado por el suscripto, del que se desprende que el afectado fue filmado desnudo en la parte posterior de la totalidad de su cuerpo, lo cual desmiente lo manifestado en la demanda en cuanto a que el accionante no filmó partes “íntimas” de aquel (del voto del Dr. De Cunto)

3. - Carece de asidero lo expuesto por el quejoso en cuanto a la desproporción de la sanción, dada la falta de antecedentes de su parte, atento a que más allá de una trayectoria como dependiente en la empresa,

puede incurrir en algún incumplimiento cuya gravedad autónoma permite calificar su comportamiento dentro del estándar del art. 242 de la LCT. Ello perfila la llamada *injuria cualitativa*, ya que es la densidad del incumplimiento lo que compromete la posibilidad de continuación del vínculo. Obviamente, ha de tratarse de casos en que siquiera resulte pensable que puede darse respuesta proporcionada desde el poder disciplinario. En el caso, cabe destacar que se trató de una conducta intencional del actor que causó una grave aflicción en la intimidad y dignidad de un compañero de trabajo (del voto del Dr. De Cunto).

4. - Es evidente que la crítica del apelante no presta atención a la angustia, humillación y vergüenza que el propio afectado reconoció en su testimonio de acuerdo con la entidad del hecho y sus características personales, lo que fuera ponderado por la juzgadora, ni tampoco se hace cargo de la facultad invocada por la empresa de proteger el ámbito laboral y a sus dependientes de este tipo de acciones en el marco del art. 75 de la LCT. De manera que asiste razón a la parte demandada cuando apunta que la recurrente no ha cumplido con la carga impugnatoria de incluir una crítica concreta y razonada a la sentencia definitiva (del voto del Dr. Walter).

CApel. Trelew, sala A, 29/09/2022. - B. A. J. c. C. S.A. s/ cobro de pesos e indemn. de ley.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139176/2022]

Costas

Se imponen a la actora apelante vencida.

2ª Instancia.- Trelew, septiembre 29 de 2022.

1ª ¿Es técnicamente suficiente el recurso planteado? 2ª en su caso, ¿Es justo el fallo apelado? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 62.

1ª cuestión. — El doctor *De Cunto* dijo:

Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en el ID 752159 contra la sentencia de fs. 49/55 vta., recurso concedido a fs. 56. La sentencia apelada hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por A. J. B. contra C. S. A., condenando a esta última a que abone a aquel la suma de \$58.781,40, con más intereses y capitalización de los mismos. Asimismo impuso las costas a la demandada por la porción del reclamo que prospera, y al actor por la que se rechaza.

La expresión de agravios del actor obra en el ID 767021, confiriéndose traslado de la misma a fs. 57, 1er. párrafo, el que es contestado por la demandada en el ID 776081. Cabe dejar aclarado que la demandada también interpuso recurso de apelación en el ID 753564, mas a fs. 57, 2º párrafo se declaró desierto el mismo.

I.- Comenzaré por reseñar los agravios de la actora y la contestación de la demandada.

1) La apelante comienza por señalar que demandó por el despido incausado, arbitrario y verbal del 13/02/2020, el que le fuera notificado fehacientemente el 09/03/2020. Destaca que allí se invocó un hecho protagonizado en ocasión del trabajo por él y el Sr. V., a quien señala como amigo, compañero y "cómplice", relatando que cuando este se fue a bañar, luego de la jornada laboral, con otro compañero, le hicieron una broma habitual entre ellos. La misma consistió en apagarle y prenderle la luz mientras lo filmaban, siempre en un tenor alegre, agregando que ese tipo de videos eran habituales y eran subidos a un grupo de WhatsApp. Remarca la desproporcionalidad de la sanción de despido impuesta por la accionada, ya que en doce años de trayectoria no había recibido ningún tipo de sanción y que V. era parte de estas bromas, ya que tenía un canal de YouTube. Cita los testimonios de P. y C., quienes manifiestan que ese tipo de bromas era habitual entre los compañeros de trabajo, de allí que considera que la sanción fue desmedida y desproporcionada, enumerando ejemplos de sanciones menores que pudo haber recibido. Insiste en que no se respetó el principio de proporcionalidad en el despido dispuesto y culmina con el petitorio de estilo.

2) La demandada contesta el memorial, señalando, en primer lugar, que el mismo no cumple con la debida suficiencia técnica por lo que debe ser declarado desierto. Cita extensa jurisprudencia al respecto, y expresa que la contraria se limita a realizar consideraciones vagas y abstractas. Para el caso de que se considere que los agravios superen el umbral de suficiencia, destaca que el fallo de la jueza de grado se basó en una consideración muy concreta: la gravedad de la falta como fundamento del despido, resaltando lo humillante que fue para V. la situación de que se lo filmara bañándose y que luego se difundiera el video. Entiende que la apelante no refutó estas consideraciones, como tampoco lo referido por la jueza en cuanto al deber del empleador de proteger a sus dependientes, por lo cual concluye que la sanción fue proporcionada. Finaliza reiterando que el video es claramente humillante y el empleador no podía tomar otra decisión que extinguir el vínculo. Termina con el petitorio de estilo.

II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, pasaré analizar los agravios, a los fines de establecer si son suficientes técnicamente.

1) Como se dijo más arriba, la recurrente considera que el despido resultó desproporcionado por cuanto considera que el hecho que lo motivó fue una broma habitual entre los compañeros de trabajo, de hecho enfatiza que V., quien fue el sujeto pasivo de la broma, era no solo amigo y compañero del actor, sino "cómplice", ya que también era parte de ese tipo de acciones y protagonizaba videos, lo que es ratificado por dos testigos. En suma entiende que, en todo caso, la sanción debió haber sido menor, sin llegarse a la extinción del vínculo laboral.

El razonamiento dirimente de la jueza radicó en que V. vivió con suma angustia la filmación del video y su posterior divulgación en su ámbito laboral, lo que se vio acrecentado por sus convicciones religiosas. Destacó que de su testimonio se desprende que la broma no fue consensuada ni reaccionó risueñamente, tanto al momento de la grabación como de la difusión del video, por el contrario lo vivenció como una situación angustiante, vergonzosa y humillante, lo que fue corroborado con la declaración del gerente M. Tuvo en cuenta que el propio actor consideró que se trató de una broma de mal gusto y todos los testigos dan cuenta de la divulgación del video, al menos en el ámbito laboral. A todo ello, la sentenciante agregó que aun cuando V. no hubiera sufrido aflicción alguna por la situación ocurrida, la decisión rupturista de la demandada habría sido igualmente acertada y proporcionada, ya que la conducta del actor importó un atropello a la intimidad de otra persona, a su dignidad, una falta de respeto que justificó el ejercicio legítimo de la empleadora de su poder jerárquico y de disciplina (ver sentencia a fs. 53 vta., último párrafo/54). Asimismo, antes de reseñar la prueba analizada, la *a quo* había adelantado que la demandada había ejercido correctamente sus facultades disciplinarias dado que tiene la obligación de velar por la integridad psicofísica y dignidad de sus dependientes, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 de la LCT (ver sentencia a fs. 52, último párrafo).

2) Del confronto de los argumentos brindados por la quejosa con el razonamiento de la juzgadora, he de concluir que aquella no se hizo cargo de dicho razonamiento dirimente. Es que el actor insiste en que se trató de una broma habitual entre compañeros de trabajo, que el afectado por dicha broma también las realizaba, y que la sanción fue desproporcionada dado que no tenía antecedentes. Además se basa en los testimonios de P. y C. para demostrar que ese tipo de bromas era habitual. Todo ello desatiende el testimonio de V. que tuvo en cuenta la jueza, la angustia, humillación y vergüenza que sintió, lo que se vio agravado por sus convicciones religiosas, amén de que aun cuando esta aflicción no hubiera sido experimentada, de todas maneras

la empresa debía velar por la integridad psicofísica y la dignidad de sus dependientes de acuerdo al art. 75 de la LCT.

Es de recordar que la juzgadora tuvo en cuenta todos los testimonios, cuya grabación también he podido visualizar, siendo la reseña que se efectúa en la sentencia fiel a los mismos (ver sentencia a fs. 52 vta./53 vta.). Es de destacar básicamente los sentimientos experimentados y verbalizados por V. en su declaración, sobre lo cual nada dice el recurrente en su expresión de agravios. Al respecto habré de recordar que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN (art. 390 del Cód. Proc. Civ. y Comercial Chubut), puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que le perjudica, ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios. En apoyo de la doctrina expuesta, la Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valorar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlas ni armonizarlas en su totalidad, al expresar que "la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso" (conf. CSJN, 02/10/1990, LA LEY, 1991-B280) (conf. Fenochietto - Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", ED, Astrea, 1993, T. 2, ps. 343/344).

En la especie la sentenciante tuvo en cuenta no solo la totalidad de la prueba testimonial, de la cual la quejosa cita solo la que supuestamente le es favorable, sino que además consideró el propio video filmado por el actor (ver sentencia a fs. 54, 5to. párrafo), el que también fue visualizado por el suscripto, del que se desprende que V. fue filmado desnudo en la parte posterior de la totalidad de su cuerpo, lo cual desmiente lo manifestado en la demanda en cuanto a que el accionante no filmó partes "íntimas" de aquel (ver fs. 03 vta., 4to. párrafo).

Asimismo, y a mayor abundamiento, dado que la expresión de agravios no supera el umbral de suficiencia técnica, resulta acertada la decisión de la juzgadora al considerar que la empleadora sancionó de manera correcta al actor por cuanto debe velar por la seguridad de sus empleados de acuerdo a lo dispuesto por el art. 75 de la LCT. Al respecto cabe tener en cuenta que esta norma plasma el derecho constitucional del trabajador a "condiciones dignas y equitativas de labor" (conf. art. 14 bis de la Const. Nacional), habiéndose señalado que esta cláusula es tan amplia que por sí sola, abastece un contenido que, a lo mejor, hace superabundante otras partes del artículo. Puntualiza que condiciones dignas y equitativas se refieren al ambiente, al lugar, al descanso, a la retribución, al trato respetuoso, a la índole misma del servicio que se presta. Lo justo, lo decente, lo decoroso, lo adecuado, es lo que prescribe la norma, no solo durante el tiempo de trabajo y en el lugar de trabajo, sino aún más allá para asegurar, mediante las aludidas condiciones, la existencia de la persona humana (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada", Ed. LA LEY, 2007, T. II, p. 930).

Por último, y también a mayor abundamiento, habré de considerar que carece de asidero lo expuesto por el quejoso en cuanto a la desproporción de la sanción, dada la falta de antecedentes de su parte, atento a que más allá de la trayectoria de un dependiente en la empresa, puede incurrir en algún incumplimiento cuya gravedad autónoma permite calificar su comportamiento dentro del estándar del artículo 242 de la LCT. Ello perfila la llamada injuria cualitativa, ya que es la densidad del incumplimiento lo

que compromete la posibilidad de continuación del vínculo. Obviamente, ha de tratarse de casos en que siquiera resulte pensable que puede darse respuesta proporcionada desde el poder disciplinario. Las agresiones físicas, las deslealtades, las infracciones a la propiedad, los daños intencionales, por ejemplo, pueden dar motivo a un despido prescindiendo de que el trabajador tenga, tal vez, un legajo y una carrera intachables (conf. Machado, José Daniel, en Ackerman-Sforzini: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T. III, p. 165). En la especie, cabe destacar que se trató de una conducta intencional del actor que causó una grave aflicción en la intimidad y dignidad de un compañero de trabajo.

3) Sentado todo lo anterior, es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CNCiv., Sala D, 12/09/1979, ED, 86-442). La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto - Arazi, op. cit., T. 1, p. 941). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/04/1971, LA LEY, 143-100); así como el que se limita a hacer afirmaciones de carácter general (conf. CNCiv., Sala A, 12/02/1987, LA LEY, 1987-B, 123; íd., Sala F, 14/02/1985, LA LEY, 1985-C, 644, 36.876-S; íd., Sala G, 26/05/1985, LA LEY, 1985-D, 386; entre otros); o el que contiene afirmaciones genéricas sobre las pruebas, sin precisar el yerro o desacierto en que incurrió el sentenciador en sus fundamentos o la referencia, también genérica, a prueba insuficiente o imprecisa (conf. CNCiv., Sala C, 04/07/1985, LA LEY, 1986-A, 184; C. 1era. Civ. y Com. Mar del Plata, 30/11/1967, LA LEY, 131-1198, 18.252-S; entre otros).

En síntesis, por todo lo expuesto es que propongo la deserción del recurso deducido dado que los agravios expuestos resultan insuficientes técnicamente por no confutar el razonamiento dirimente de la juzgadora (conf. arts. 60 de la ley XIV N° 1, y 268 y 269 del rito).

III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por el actor, con costas a la recurrente (conf. art. 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos realizados ante la Alzada, ante la deserción del recurso declarada, no corresponderá regular emolumento alguno a la letrada apoderada del recurrente, por resultar inoficiosos sus trabajos en esta sede (conf. art. 3 de la ley XIII N° 4); y atento el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, entiendo apropiado regular los de los letrados apoderados de la demandada, Dres. D. E. F. y M. J., en conjunto, en un 6% sobre la porción del reclamo que se rechaza, con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la ley arancelaria; y leyes 23.349 y 23.871).

Voto entonces a esta cuestión por la negativa.

El doctor *Walter* dijo:

I.- Aclaración preliminar.

El colega que me ha precedido con su voto ha realizado una correcta y suficiente reseña de los antecedentes del caso, la resolución apelada y los agravios que deben ser tratados por este Tribunal, por lo que me remito a dicha síntesis en honor a la brevedad y para no incurrir en innecesarias y tediosas repeticiones.

En este marco, también debo advertir preliminarmente que mi posición coincide con dicho par, tanto en el orden que ha tratado las quejas como en los fundamentos que ha desarrollado en consecuencia, por lo que realizaré las apreciaciones que siguen a los fines de fundar individualmente mi voto en la forma que me lo exige el art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut.

II.- Consideraciones de la solución a proponer.

(i) Para responder a esta primera cuestión debo principiar recordando que la expresión de agravios es una carga procesal y es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos, la prueba o la aplicación de normas jurídicas.

Por tanto, si la sentencia se apoya en distintos fundamentos, independientes entre sí y alguno de ellos no se critica o se lo hace deficientemente, el recurso debe ser declarado desierto (conf. Palacio, Lino E. "Derecho Procesal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 266; Rosales Cuello, Ramiro, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 2014, T. III, p. 197).

Ha reconocido el máximo tribunal provincial que criticar es muy distinto a disentir, ya que lo primero debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación de la sentencia, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que esta pudiera contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia, con un criterio meramente divergente o paralelo (conf. STJCh, SD N° 06/S.R.E./2010, Expte. N° 21.854-S-2009, voto del Dr. Pasutti; esta Sala, S.I.F. 43/2013).

Por tanto, se deben examinar los fundamentos de la sentencia impugnada, puntualizando de modo crítico —es decir, emitiendo juicio impugnativo— concreto y preciso, con una derivación lógica adecuada o sea razonada, del por qué (a juicio del impugnante) la decisión es arbitraria. No basta con dar una apreciación dogmática que trasunte un criterio diferente al del Tribunal de primera instancia o una mera disconformidad, sino que deben esgrimirse argumentos jurídicos fundantes de una opinión jurídicamente relevante en sentido opuesto al fallo (STJCh, SD N° 09/SRE/2008).

Dicho de manera sintética, la sentencia definitiva basó su decisión principalmente (a) en la gravedad de la falta en que incurrió el Sr. B. para con su compañero de trabajo V.; (b) la angustia que esta representó para el último e, independientemente de ello, (c) el ejercicio que hizo la empresa de la facultad disciplinaria en el marco de su obligación de velar por la integridad psicofísica y dignidad de sus dependientes. Es decir, independientemente de la subjetividad de quien sufrió la "broma", la Jueza ponderó también la gravedad objetiva del hecho y la pretensión de la patronal de custodiar la integridad del lugar de trabajo y la dignidad de sus dependientes. El apelante, por el contrario, se limitó a relativizar la gravedad de la falta indicando que esta era habitual y que V. era un amigo, compañero de trabajo y cómplice frecuente de este tipo de acciones.

De modo que, como destacó el Dr. De Cunto, es evidente que la crítica no presta atención a la angustia, humillación y vergüenza que el propio V. reconoció en su testimonio de acuerdo a la entidad del hecho y sus características personales, lo que fuera ponderado por la Juzgadora, la humillación y vergüenza que sintió, ni tampoco —independientemente de lo anterior— se hace cargo de la facultad invocada por la empresa de proteger el ámbito laboral y sus dependientes de este tipo de acciones en el marco del art. 75 de la LCT.

De manera que asiste razón a la parte demandada cuando apunta que la recurrente

no ha cumplido con la carga impugnatoria de incluir una crítica concreta y razonada a la sentencia definitiva, ya que —como ha dicho el Superior Tribunal— ello no se consigue sino se puntualiza, como en el caso, cada uno de los pretendidos errores, omisiones o demás deficiencias que se le atribuyen a la resolución, a través de un análisis pormenorizado de la resolución (conf. STJCh, SI N° 69/SCA/2014).

Por lo que, no habiéndose formulado agravios concretos y razonados sobre cada uno de los puntos que constituyen la estructura sobre las que se apoyan las conclusiones de la *a quo*, los mismos quedan consentidos ante el incumplimiento de la carga procesal que exige la concesión del recurso. La deficiencia de la expresión de agravios trae aparejada como consecuencia, en estos casos, que todos los puntos del fallo que han sido omitidos en el memorial queden consentidos. Deben consecuentemente tenerse por firmes todas aquellas conclusiones del fallo recurrido que no han sido eficazmente controvertidas por el apelante en la expresión de agravios (conf. CAPM, SDL N° 11/2016, con cita a Cám. 1a Civ. y Com., Sala III, La Plata, JA, 1961, III, p. 225; LA LEY 150-339, 195.121, reg. sent. 124/80; Cám. Civ. Com. San Martín, Sala II, ED, 105-236).

No son aptos en materia impugnatoria, entonces, aquellos agravios que no se hacen cargo de todos y cada uno de los argumentos dados por la resolución recurrida, si estos son hábiles para sostenerla autónomamente. Es decir, si la decisión cuenta con distintos fundamentos que tienen la autonomía suficiente como para sostener la decisión, se deben conmovier todos y cada uno de ellos en la apelación a fines de lograr su revocación (conf. SCBA, Sumarios JUBA B3952133, B3951822, B5064862 y B5064630, entre otros).

Adicionalmente, también debo coincidir en cuanto el apelante tampoco se ha hecho cargo de la valoración que hizo la Jueza de grado de la prueba producida, sino que solo ha referido —en un criterio paralelo— a aquel material que considera favorable para su posición. Por el contrario, si los agravios refieren a la prueba producida, es deber del recurrente puntualizar concretamente qué medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenten el error y su relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición (conf. CAT, Sala A, SDL N° 59/2016; con cita a Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I de Azul - RC J 2150/09, 05/09/2007, O., N. S. y otro vs. Z. de A., D. y otro s. Acción reivindicatoria).

En consecuencia, vistos los términos de la presentación digital ID 767021, corresponde declarar desierto la pretensión recursiva por no haberse satisfecho la carga técnica del art. 268 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (conf. arts. 60 de la ley XIV N° 1, y 268 y 269 del rito).

III.- Conclusión.

En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por el actor, con costas a la recurrente (conf. art. 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos realizados ante la Alzada, ante la deserción del recurso declarada, no corresponderá regular emolumento alguno a la letrada apoderada del recurrente, por resultar inoficiosos sus trabajos en esta sede (conf. art. 3 de la ley XIII N° 4); y atento el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, entiendo apropiado regular los de los letrados apoderados de la demandada, Dres. D. E. F. y M. J., en conjunto, en un 6% sobre la porción del reclamo que se rechaza, con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la ley arancelaria; y leyes 23.349 y 23.871).

En suma, mi voto ante el primer interrogante es por la negativa.

2ª cuestión. — El doctor *De Cunto* dijo:

Atento la forma en que se decidió la anterior pregunta, deviene abstracto pronunciarse sobre la presente cuestión.

El doctor *Walter* dijo:

Ante el acuerdo alcanzado al ocuparnos de la anterior cuestión, no corresponde expedirnos sobre esta.

3ª cuestión. — El doctor *De Cunto* dijo:

En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto:

I.- Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el actor.

II.- Imponer las costas en la Alzada a la actora apelante vencida.

III.- Regular los honorarios de los Dres. D. E. F. y M. J., en conjunto, en un 6% sobre la porción del reclamo que se rechaza, con más el IVA; sin regulación a la letrada del actor por resultar inoficiosa su labor en esta sede.

Así lo voto.

El doctor *Walter* dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el doctor *De Cunto*, fiel expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación.

Así lo voto.

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; resuelve: Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el actor. Imponer las costas en la Alzada a la actora apelante vencida. Regular los honorarios de los Dres. D. E. F. y M. J., en conjunto, en un 6% sobre la porción del reclamo que se rechaza, con más el IVA; sin regulación a la letrada del actor por resultar inoficiosa su labor en esta sede. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Aldo L. De Cunto. — Guillermo N. Walter.*

Responsabilidad en el pago de costas

Límite. Alcances. Prorrato.

1. - No puede presumirse una renuncia a invocar el límite de responsabilidad al pago de las costas, porque no existe norma alguna que imponga ejercer esa defensa cuando se le notifican los honorarios. La prorrata se efectiviza al momento del pago o en la etapa de ejecución de los honorarios, si no se cumple voluntariamente la obligación. En este último caso deberá ser opuesta por el condenado en costas antes de que quede consentida la notificación de la ejecución del primer ejecutante de los aranceles. Ello implicará que deberá suspenderse dicho trámite executorio y ser decidido inmediatamente y sin sustanciación tal prorrato, para que —una vez firme tal cuestión— el ejecutante ajuste su pretensión y los restantes reclamen lo que les corresponda, conforme el cálculo antedicho.

2. - Si se solicitare prorrato al juez previamente a iniciar la ejecución, cualquiera de los afectados por la prorrata —letrados o auxiliares de justicia que verían menguados sus emolumentos en la porción de prorrato— podrá apelar la decisión. Tratándose de una cuenta matemática, no debería generar una incidencia sino el pago voluntario con ese límite.

3. - El art. 730 del Cód. Civ. y Com. es una norma de fondo, no procesal, que establece un tope a la responsabilidad por las "costas" de primera o única instancia, sin perjuicio de que la diferencia que surja del honorario efectivamente regulado y el tope a percibir —prorrata mediante— pueda ser perseguida contra el cliente.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala I, 21/09/2022. - Foricher, Mario Rafael c. Granone S.A. s/ Cobro sumario de sumas de dinero (Exc. Alqui. Arren. etc.).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/141745/2022]

2ª Instancia.- La Plata, septiembre 21 de 2022.

Considerando: 1. La decisión

La jueza de grado el 27/06/2022 decidió:

1) Rechazar el incidente de nulidad opuesta por el Doctor Jorge Abel Aguirre con costas a su cargo en su calidad de vencido (art. 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

2) Rechazar el incidente de nulidad y la preclusión opuesta por el doctor Raúl Ángel Hernández, con costas a su cargo (art. 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

3) Rechazar el planteo nulitivo del Perito Agrónomo Daniel Antonio Piedrabuena, sin costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Señaló que no procede un incidente de nulidad para disconformarse con lo resuelto, sino por vicios de trámite. Agregó que la actora, la demandada y el letrado incidentista han consentido el monto de la base regulatoria, sobre el cual corresponde efectuar el prorrato, y que es improcedente la actualización de la deuda a los efectos de efectuar un prorrato. Sostuvo que la multa por temeridad y malicia de fecha 26/09/2019 (impuesta en la alzada) no formó parte de la condena que puso fin al litigio, y no conforma la base regulatoria, por lo que no corresponde su inclusión en el monto a prorratar. Respecto de la tasa y sobretasa que su inclusión favorece al demandado condenado en costas porque reduce su responsabilidad y es extemporánea. Finalmente que el prorrato de honorarios de ningún modo implica un menoscabo sobre los honorarios regulados, sino que solo se establece un límite de exigibilidad contra el condenado en costas, por lo tanto no se vulneró el derecho de propiedad del incidentista, ni que se le restrinja el reclamo pleno de sus honorarios, ya que en virtud de la solidaridad impuesta por el art. 58 del D. Ley 8904/1977, podrá exigir el pago de la totalidad de sus honorarios o de la diferencia a su cliente.

2. El recurso

El Dr. Hernández —por derecho propio— apeló el 02/07/2022, recurso que fue concedido el 04/07/2022, fundado con la memorial de 12/07/2022 y contestado el 01/08/2022. Se agravia porque la jueza de grado no incorporó la multa, la tasa de justicia y la sobre tasa de justicia, ni los intereses a la liquidación para realizar el prorrato, siendo ello a su entender una falla estructural de la decisión de fecha 20/12/2021, cuya nulidad solicitó en tiempo procesal oportuno. Agrega que es un error tomar la liquidación al efecto arancelario, porque a los efectos del "Prorrato" de los honorarios de los abogados intervinientes, además deben incluirse costas, tasa y sobretasa, e intereses. Se agravia también por entender que es extemporáneo el pedido de prorrato pues cuando el deudor entra en mora (10 días de notificado el honorario) pierde el derecho a pedir el prorrato en adelante y adeuda el total.

Por su parte, el Dr. Aguirre —por derecho propio— apeló el 04/07/2022, recurso que fue concedido el 04/07/2022 fundado con la memorial de fecha 11/07/2022 y contestado

el 01/08/2022. Se agravia por considerar que existe un vicio procesal pues como la prestación adeudada es una deuda de valor previo a efectuar el prorrateo de honorarios correspondía practicar nueva liquidación, estableciendo los valores actuales de la deuda.

3. Tratamiento de los agravios

3.1. Ambos apelantes atacaron la decisión sobre el prorrateo por la vía del art. 169 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, el incidente de nulidad, que es la vía indicada para impugnar un acto procesal que se reputa inválido por defectos o vicios procedimentales durante la instancia anteriores de su dictado, es decir, para alegar que la resolución atacada es conclusión de un procedimiento viciado.

3.2. Los fundamentos de los agravios del Dr. Hernández se dirigen a supuestos errores de juzgamiento (*in iudicando*) de la jueza de grado que debieron ser impetrados mediante el recurso de apelación, por lo cual su apelación habrá de rechazarse, por haber equivocado la vía.

3.3. En cambio, el vicio señalado por el Dr. Aguirre, se refiere al trámite procesal (*in procedendo*). Señala que previo a la decisión sobre prorrateo debió practicarse una liquidación a esos efectos y dar traslado, porque este no se realiza sobre la base arancelaria, sino sobre la suma de costas (incluyendo intereses, tasa y sobretasa) y restando los honorarios del letrado de la demandada. Es decir, que se requeriría un incidente sobre prorrateo, a fin de

resguardar los derechos de los acreedores por honorarios afectados por la prorrata.

3.4. El art. 730 Cód. Civ. y Com. de la Nación es una norma de fondo, no procesal, que establece un tope a la responsabilidad por las "costas" de primera o única instancia, sin perjuicio de que la diferencia que surja del honorario efectivamente regulado y el tope a percibir (prorrata mediante) pueda ser perseguida contra el cliente (SCBA Ac 86.496, Interloc. del 28/09/2005, 'Banco La Pampa c. Zanone s/ Cobro ejecutivo'; causa L 77.859, Sent. del 27/VII/2005, 'Acosta c. Expreso Nueve de Julio SA s/ daños y perjuicios'; Ac 78.984, Sent. del 30/06/2004, 'Gentile c. Grotewold s/ daños y perjuicios'. Ver también Ac 75.597, Sent. del 22/10/2003, 'Ghibaudi c. Municipalidad de Pinar s/ Demanda originaria por demolición'; 'Sciandra c. Celulosa Argentina SA s/ Daños y Perjuicios', Sent. del 13/03/2003, 'Macalusi c. Siderar SAIC s/ Daños y perjuicios'; causa L 77.914, Sent. del 02/10/2002, 'Zucoli c. SUM SA s/ Daños y perjuicios'. Véase también Alimenti, Jorgelina F., en: Doctrina actual de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (coordinado por Berizzone - Logar), editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, año 2004, ps. 349 y ss.).

Al referirse a costas queda definido por la jurisprudencia en torno al art. 77 Cód. Proc. Civ. y Comercial que incluye conceptualmente a los honorarios firmes de todo tipo devengados en juicio —de abogados, peritos y auxiliares—, los gastos preprocesales, procesales, los originarios

en el juicio, como así también los útiles para la decisión del pleito. El art. 730 Cód. Civ. y Com. de la Nación excluye los honorarios de los letrados del condenado. Comprende entonces además de los honorarios firmes, la tasa de justicia y sobre tasa, por las actuaciones en primera o única instancia. Asimismo la SCBA sostuvo que también resultan incluidos dentro del mentado 25 %, los respectivos aportes previsionales de los letrados y expertos, en el porcentaje que debe soportar la parte deudora de los aranceles (SCBA, Ac 87.186, Interloc. del 12/05/2004, 'Belardinelli c. Provincia de Bs. As. s/ Accidente de trabajo'; Ac 83.335, Interloc. del 13/02/2002, 'Koslowsky c. Empresa de Construcciones y Anexos Rodríguez Drago SRL s/ Despido'; Ac. 69.453, Interloc. del 17/02/1998, 'Ibáñez c. El Chivo SA s/ Cobro de pesos').

No puede presumirse una renuncia a invocar el límite de responsabilidad, porque no existe norma alguna que imponga ejercer esa defensa cuando se le notifican los honorarios. La prorrata se efectiviza al momento del pago o en la etapa de ejecución de los honorarios, si no se cumple voluntariamente la obligación. En este último caso deberá ser opuesta por el condenado en costas antes de que quede consentida la notificación de la ejecución del primer ejecutante de los aranceles. Ello implicará que deberá suspenderse dicho trámite ejecutivo y ser decidido inmediatamente y sin sustanciación tal prorrateo, para que —una vez firme tal cuestión— el ejecutante ajuste su pretensión y los restantes, reclamen lo que les corresponda, conforme el cálculo antedicho.

La voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirlos es restrictiva (art. 948 Cód. Civ. y Comercial). Por tratarse de una norma de fondo, el magistrado debe regular los honorarios conforme las normas arancelarias locales, sin estar sujeto al límite del 25 %, y el condenado en costas puede oponerse a la ejecución de una suma superior al límite (carga procesal). El momento oportuno es cuando le notifican la citación de venta.

Conforme todo lo expuesto no es necesario realizar un incidente de prorrata en esta etapa procesal, como pretende el apelante como fundamento de la nulidad de la decisión.

Si se solicitare prorrateo al juez previo a iniciar la ejecución, cualquiera de los afectados por la prorrata (letrados o auxiliares de justicia que verían menguados sus emolumentos en la porción de prorrateo) podrá apelar la decisión. Tratándose de una cuenta matemática no debería generar una incidencia sino el pago voluntario con ese límite. La situación es similar a cuando el condenado en costas posee un beneficio de litigar sin gastos, el honorario se regula pero no es exigible al beneficiado.

Por ello, se rechazan las apelaciones de los Dres. Hernández y Aguirre, con costas por referirse a la determinación de los honorarios (arg. art. 27 LH). Reg. not. devuélvase en forma urgente al juzgado de origen. — Jaime O. López Muro. — Ricardo D. Sosa Aubone.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que EDUARDO ENRIQUE CÁRDENAS RAMÍREZ de nacionalidad venezolana con DNI 96.092.445 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 27 de mayo de 2022
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 08/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 15, Secretaria N° 29, sito en Callao 635 Piso 3° CABA, comunica por dos días en autos "PETAQUITAS S.A. s/ QUIEBRA" (Expte.10403/2021) CUIT fallida: 30-71122072-7, que se ha llamado a mejorar oferta a todos quienes puedan estar interesados en un rodado Renault Fluence Modelo 2012 - Dominio LK 980, oferta a mejorar: \$ 831.117,68.-, ello con más el IVA -en caso de corresponder y la comisión del martillero -10% del importe de venta. Las ofertas bajo sobre deberán ser presentadas en la sede del Tribunal hasta el día 15/11/22 a las 11 horas debiendo ser acompañadas con el respectivo depósito en garantía (en la cuenta correspondiente a este expediente en el Banco Ciudad) y que se fijó en \$ 100.000. El pago deberá ser realizado en pesos y, dentro del quinto día de notificado del auto que tenga a los oferentes por adjudicatarios deberá integrarse el importe que corresponda para completar el 100% de lo ofrecido, restado el depósito efectuado. En caso de incumplimiento, se declarará a los adjudicatarios postores remisos y se los considerará responsables de los gastos en que se deba incurrir para efectuarse un nuevo llamado. Se fijó audiencia para la apertura de los sobres el día 15/11/22 a las 11:30 horas en la sala

de audiencias de la Secretaría N° 29 y en acto público. En tal reunión, una vez abiertas las propuestas ante la sindicatura, martillero y oferentes, todos los oferentes tendrán el derecho a mejorar sus ofertas en la audiencia, a continuación de la apertura de los sobres, inclusive el oferente cuya propuesta originó el presente procedimiento. En caso, de no integrar el saldo de precio también perderán el monto que dejaron como garantía de mantenimiento de oferta. En este caso, se le adjudicará a la segunda mejor oferta. No se admitirá la compra en comisión, y deberán contener los datos que exige el art. 205 inc. 4° de la ley concursal. Conocimiento de autos: Se presume que los oferentes tienen debido conocimiento de las constancias de autos, de la presente resolución y de las dictadas y que se dicten en relación con la venta. Exhibición: 11/11/2022 de 9:00 a 12:00 horas en calle Juncal 1897 CABA. Para mayor información acceder a las actuaciones o consultar al martillero Celestino Eugenio Ayala CUIT: 20-13034980-4, teléfono 1164423678. Buenos Aires, 24 de octubre de 2022
Ana Paula Ferrara, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 08/11/22

1398/2022 HERNÁNDEZ GALVÁN, JULIO AMADO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 2, Secretaría Nro. 3 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que HERNÁNDEZ GALVÁN, JULIO AMADO, DNI N° 95875516, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 14 de octubre de 2022
Luciana Montorfano, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en

lo Civil y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7° Piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. KAMILLA KOLGANOVA cuyo Pasaporte es el N°: 766114440, de nacionalidad rusa, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 29 de agosto de 2022
María Victoria Trípiccio, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

11962/2021 - HURTADO SÁNCHEZ, LUIS ALFONSO s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 2, Secretaría Nro. 3 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que HURTADO SÁNCHEZ, LUIS ALFONSO, DNI N° 94713369, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 6 de octubre de 2022
Luciana Montorfano, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16, sito en Libertad 731, 7° piso, de Capital Federal, hace saber que MARIANNY DEL VALLE MARTÍNEZ FUENTES de nacionalidad venezolana con DNI 95.722.332 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 12 de agosto de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Ins-

tancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaria N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que el Sr. ORLANDO YOEL ARCINIEGAS MUÑOZ con DNI N° 95.868.625, nacido el 15 de agosto de 1994 en Caracas, República Bolivariana de Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 17 de octubre de 2022
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

11133/2019 - RAMÍREZ MÁRQUEZ, JENIRE ALEJANDRA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 2, Secretaría Nro. 3 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que RAMÍREZ MÁRQUEZ, JENIRE ALEJANDRA, DNI N° 95508453, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 18 de octubre de 2022
Luciana Montorfano, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra: TIBEINY JOSÉ DÍAZ ACOSTA, DNI N° 95.803.677 nacido/a en Zulia-Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo

saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 30 de agosto de 2022
María Victoria Trípiccio, sec.
LA LEY: I. 07/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 13 a cargo del Dr. Jorge Ignacio Sobrino Reig, Secretaria Única a cargo de la Dra. Ma. Eugenia Aguirre Castro, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, Piso 5°, de la Ciudad de Buenos Aires, en autos caratulados: "ÁVILA MEZIO, HÉCTOR RODRIGO c/ CARBALLO, DANIELA LUJÁN Y OTRO s/CANCELACIÓN DE HIPOTECA" Expte. Nro. 32880/2017 cita y emplaza al Sr. GABRIEL FERNANDO SALOMÓN (DNI 24.243.360) para que dentro del plazo de quince días comparezcan a tomar la intervención que le corresponda en autos, bajo apercibimiento de quedar vinculado a los efectos de la sentencia que se dicte (art. 89 del CPCC) y designarse al Defensor Oficial para que los represente en juicio (cfr. arts. 145 a 147 y 343 del CPCC). El presente edicto deberá publicarse por dos días en el Diario La Ley.
Buenos Aires, 11 de octubre de 2022
M. Eugenia Aguirre Castro, sec. int.
LA LEY: I. 04/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3, Secretaría única, del Depto. Judicial Moreno-Gral. Rodríguez, sito en Int. Pedro Whelan 671 de la ciudad de General Rodríguez, cita y emplaza a los sucesores de LUCÍA MOLITERNO (D.N.I. N° F 00140550) y a todos quienes se consideren con derecho sobre los inmuebles cuyos datos son los siguientes: circunscripción: V, sección: V, manzana: 235, parcela: 30, partida: 40.585, del Partido de General Rodríguez (46), Pcia. de Buenos Aires, para que dentro del plazo de diez días comparezcan a tomar la intervención que les corresponde en los autos: VANDONE, MARCELO ANTONIO c/ SOCIEDAD INMOBILIARIA Y FINANCIERA AGUA

DE ORO SOC. DE RESPONSABILIDAD LIMITADA s/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA (Expte. N° 24.960), bajo apercibimiento de designar al señor Defensor de Ausentes para que los represente en él. El presente deberá publicarse por dos días en el Boletín Oficial y en el diario La Ley de la Capital Federal.
General Rodríguez, 27 de octubre de 2022
Pamela Verónica Gómez del Moro, sec.
LA LEY: I. 04/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que MARÍA DE LOS ÁNGELES QUINTERO PAZ de nacionalidad venezolana con 95.569.476 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 20 de septiembre de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 04/11/22 V. 07/11/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, a cargo del Dr. Patricio Marañello, Secretaria N° 9 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10° de Capital Federal, hace saber que LUILIENNY MARGARITA CEDEÑO CARVAJAL, DNI N° 95.754.843 de nacionalidad venezolana y de ocupación odontóloga, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces.
Buenos Aires, 26 de mayo de 2022
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 04/11/22 V. 07/11/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreutersley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

¿Por qué lo publicamos? **Página 1**

Presentación de la edición



Demetrio Alejandro Chamatropulos

Director del Suplemento Periódico "Innovación & Derecho" de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Profesor (UNT). Director de la Diplomatura Internacional en Neurociencias y Derecho (Univ. Austral) Director de la

Diplomatura en Derecho & Innovación (UNT). Relator de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.

Bienvenidos a la quinta edición del año 2022 (octubre) del Suplemento "Innovación & Derecho" que acompaña periódicamente al Diario La Ley.

En la sección "Página 1" se encuentran tres trabajos:

El primero de ellos tiene una particularidad inédita: fue escrito totalmente mediante Lenguaje GPT-3 (*Generative Pre-Trained Transformer 3*), un modelo de lenguaje que, mediante Inteligencia Artificial (IA), puede escribir textos íntegramente y por sí mismo, simulando la actuación humana. La iniciativa le pertenece a Sergio Mohadeb, creador de "Derecho en Zapatillas" (www.derechoenzapatillas.com), a quien le agradecemos especialmente la generosidad por el artículo suministrado. El "autor" del trabajo fue llamado "Zapatillex" y debuta entonces en la doctrina jurídica.

Según nuestros registros, se trata de la primera vez en la historia iberoamericana que un artículo de una revista de derecho es escrito mediante esta tecnología. Expresa provocativamente Zapatillex que "la redacción de artículos periodísticos es solo el principio", pues "La revolución de la IA se hará cargo de otros trabajos creativos, desde médicos a abogados o mecánicos", siendo "capaz de hacer estos trabajos mejor que nosotros, porque no tiene emociones ni prejuicios que puedan nublar su juicio; simplemente sigue la lógica programada en ella por su creador".

Josefina Condrac, también en el marco del análisis de los desafíos que propone la Inteligencia Artificial, advierte que "uno de los aspectos inderogables en una perspectiva de pleno respeto del debido proceso es la garantía que cualquier definición sobre un caso judicial sea tomada por un decisor humano, dando plena aplicación al principio de la libertad del juez de juzgar". Añade que será fundamental "evitar que la elección de delegar a las máquinas un amplio espectro de decisiones humanas derive en una serie de situaciones potencialmente incontrolables y éticamente controvertidas".

Juan Pozzo reflexiona de manera acabada sobre las implicancias jurídicas de los videojuegos y los *eSports*. Dice Juan que "Gran parte del entretenimiento de las nuevas generaciones pasará en gran medida por los *eSports* y el consumo de videojuegos a una escala similar a la que hoy en día se consumen eventos deportivos, películas y series en plataformas *online*", por lo que "resulta difícil pensar en los *eSports* y videojuegos como en una burbuja de negocios, tal como fueron las "com" a finales de la década de los '90". Razona

Continúa en p. 2

Robots que escriben, ¿buenos o malos? (*)



Zapatillex

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los periodistas robóticos parecen mejorar.— III. Hay razones para preocuparse por lo que viene.— IV. Los robots ya están aquí, y se están imponiendo.— V. La escritura se está volviendo bastante buena... algunos dirían que demasiado buena.— VI. Las noticias podrían estandarizarse más, el periodismo más técnico.— VII. El periodismo es solo el principio: la IA se encargará de otros trabajos creativos, como el de escritor.— VIII. Conclusión: Los robots vienen a por nuestros trabajos, pero eso no es necesariamente algo malo.— IX. Conclusión sobre los robots que escriben.

Véase el texto completo en p. 2

Justicia 4.0

La Inteligencia Artificial y su incidencia en el debido proceso: una mirada desde la experiencia europea



Josefina Condrac

Abogada (UNSTA). Lic. en Derecho (Ministerio Educación de España). Especialista en Sindicaturas Concursales (UNT). Experta en Derecho Español (Univ. Alcalá de Henares - España). Especialista en Derecho Procesal de las Ejecuciones (U. Blas Pascal). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (U. Bologna-Italia). Magister en Administración de Justicia (Univ. La Sapienza - Roma - Italia). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA). Prof. titular de Derecho Procesal Constitucional (UNSTA). Secretaria de Concursos y Quiebras, Poder Judicial de Tucumán.

SUMARIO: I. Introducción.— II. La Inteligencia Artificial como última frontera de la digitalización de la justicia.— III. Apostar por la eficiencia de los procesos.— IV. El desafío de la "justicia 4.0".— V. El debido proceso en su versión digital.— VI. El carácter multidimensional de la relación entre IA y justicia.— VII. Los desafíos éticos de la IA aplicada a la administración de justicia.— VIII. Normatividad adicional y brecha digital: las preocupaciones europeas en una etapa de transición.— IX. En busca de un límite al dominio de la tecnociencia.— X. El desafío de la transparencia.— XI. Conclusiones.

Véase el texto completo en p. 3

Cuestiones legales de los videojuegos y de los *eSports*

Juan G. Pozzo

Abogado y Agente de la Propiedad Industrial. Socio del Estudio TCA Tanora Cassagne. Especialista en Propiedad Intelectual, Derecho del Entretenimiento, Privacidad de Datos y Nuevas Tecnologías. Profesor de la Maestría de Propiedad Intelectual e Innovación de la Universidad de San Andrés - WIPO, Profesor de Copyright Regulations e Innovación del Programa MIND. Management Integral de Negocios Digitales (Universidad de San Andrés MIN-DERS). Profesor de Propiedad Intelectual y Nuevas tecnologías de la Maestría en Dirección Estratégica y Tecnológica DET (ITBA Instituto Tecnológico de Buenos Aires).

SUMARIO: I. Introducción.— II. Primera Parte. Los videojuegos.— III. Segunda parte. Los *eSports*.

Véase el texto completo en p. 6

Puntos de vista

Desbloqueo de valor en los datos abiertos

Una visión para Latinoamérica (caso México)
Jersain Zadamiq Llamas Covarrubias

14

Principios y contradicciones en la idea del progreso

"Calma. Mientras tanto, la Tierra seguirá girando alrededor del sol"
Federico M. Aramayo

15

Génesis de los juicios telemáticos en España

Javier Ercilla García

17

Mano a mano

Abogacía y comunicación en redes sociales

Entrevista a Yamila Cagliero

19

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

Demetrio Alejandro Chamatropulos

Viene de p. 1

además que “La entrada del concepto de *Metaverso* en los últimos tiempos además potenciará la convergencia de diversas disciplinas del entretenimiento masificando aún más la concurrencia de un público cada vez más ávido de este tipo de actividades”.

En la sección “Puntos de vista” se observan contribuciones sobre temas distinta naturaleza.

Jersain Zadami Llamas Covarrubias, desde México, examina el mundo de los datos. Señala que “no solo es importante cumplir con la disponibilidad de los datos abiertos, sino promover su reutilización por medio de políticas, estándares de clasificación de datos unificados, permitiendo su acceso, pero también promoviendo una interoperabilidad entre datos y sistemas, por ejemplo; descargas, Interfaces de Programación de Aplicaciones (APIs) o cajas de arena (*sandboxes*)”. Agrega que es importante también “catalogar a

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

Zapatillex

Viene de p. 1

Derecho en Zapatillas

I. Introducción

Esta nota fue escrita íntegramente por una computadora, un Sistema de Inteligencia Artificial Robótico. El GPT-3.

“Los robots vienen por nuestros trabajos y se preparan para conquistar el mundo. En este caso, me refiero a la redacción de noticias”, comienza la nota.

Lo que sigue es lo que redactó íntegramente un robot, a pedido de Derecho en Zapatillas y se transcribe. A continuación, el texto:

“La mayoría de la gente piensa que los robots son máquinas sin sentido que hacen los trabajos aburridos que los humanos no quieren hacer.

“Pero recientemente, algunos avances en IA han hecho posible que los ordenadores escriban noticias que se leen como si estuvieran escritas por humanos, y a veces, incluso mejor que los escritores humanos.

“Como escritor, esto es a la vez emocionante y aterrador: emocionante porque me entusiasma cualquier novedad en mi oficio; aterrador porque si estos robots llegan a ser realmente buenos escribiendo artículos algún día... El futuro de mi trabajo podría ser incierto (por no hablar de los de los periodistas de todo el mundo)”.

II. Los periodistas robóticos parecen mejorar

Puede que hayas visto los titulares. Un robot ha escrito una historia sobre un concurso de cocina. No se trata de un solo robot escribiendo sobre comida; son varios robots diferentes, cada uno con su propio estilo de escritura y tono. Y todos lo hacen muy bien.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Este artículo fue escrito íntegramente mediante GPT-3 (*Generative Pre-Trained Transformer 3*), un modelo de lenguaje que, mediante Inteligencia Artificial, puede escribir textos íntegramente y por sí mismo, si-

priori datos confidenciales sujetos a secretos industriales, promover formatos legibles por máquinas y licencias abiertas para facilitar la reutilización posterior”. Afirma que “Desde el aspecto regulatorio, se aboga por un verdadero sistema nacional de datos, y no únicamente una plataforma de datos, cuyas bases sean las leyes de datos abiertos y legislación sobre acceso a información complementaria, que exijan a las instituciones públicas la divulgación de los datos de manera predeterminada, pero reconociendo aún el derecho de las personas respecto a poder solicitar la divulgación de estos”.

Federico Aramayo entrega una serie de interrogantes sobre la noción del progreso, con una visión interdisciplinaria. Plantea Federico, vinculando el tema con los riesgos, que “para el desarrollo de una gestión estratégica de los riesgos resulta necesario contar con la información de la evaluación de los riesgos y los factores que han influido en su percepción, evitar su distorsión al momento de la toma de decisiones y tener presente la idea de progreso y desarrollo”. Recuerda que “a la gente debería permitírsele ver el margen de incertidumbre legítima”, y que “el análisis de costo-beneficio es un excelente punto, no de llegada, sino de partida”.

Los robots pueden escribir historias que no se distinguen de las que escriben los humanos. No hay que decirles lo que tienen que hacer o cómo tienen que hacerlo, sino que pueden descubrirlo por sí mismos mediante el aprendizaje automático (ML).

A través de este proceso, aprenden cómo escriben y hablan los humanos en contextos específicos, por lo que pueden igualarlos en tono y estilo cuando escriben sus propios artículos en respuesta a ciertas indicaciones o temas —como conseguir la cobertura de noticias durante la llegada a tierra del huracán Florence el año pasado, que mató a 17 personas solo en Carolina del Norte debido a las inundaciones causadas por las fuertes lluvias a lo largo del 14/15 de septiembre de 2018— 19 de 2019...

III. Hay razones para preocuparse por lo que viene

En el futuro, la Inteligencia Artificial (IA) se hará cargo de los puestos de trabajo de mayor nivel. No es demasiado tarde para prepararse para este cambio inevitable.

La IA ya está aquí. Tanto si se trata de un algoritmo de aprendizaje automático que puede reconocer rostros mejor que los humanos como de una IA que escribe artículos de noticias mejor que los humanos, la tecnología está mejorando a un ritmo sin precedentes.

Solo va a ser más rápida e inteligente a medida que pase el tiempo, lo que significa que hay razones para preocuparse por lo que está por venir.

IV. Los robots ya están aquí, y se están imponiendo

Los robots ya están aquí y se están imponiendo. Están escribiendo artículos de prensa, libros, música y poesía. Puede que no tengamos que preocuparnos de que los robots tomen el control mediante la fuerza militar como en la película “Terminator”.

mulando la actuación humana. La iniciativa le pertenece a Sergio Mohadeb, creador de “Derecho en Zapatillas” (www.derechoenzapatillas.com), a quien le agradecemos especialmente la generosidad por el artículo suministrado.

En esta Sección, Javier Ercilla García, desde España, efectúa un paneo general sobre la creación y evolución inicial de los llamados “juicios telemáticos” en su país. Sostiene Javier que “los juicios telemáticos y la explosión de soluciones informáticas, han permitido que la vía telemática permita la celebración de juicios mixtos, con parte de los justiciables en régimen de presencia física y otra parte en régimen de presencia telemática”. Añade que “los juicios telemáticos han supuesto, además, la posibilidad de multiplicar el número de señalamientos, no solo porque actualmente los límites de aforo impliquen una limitación del número de vistas presenciales, sino además porque la incesante variedad de utilizar una sala de vista, permite celebrar juicios en los despachos de los operadores jurídicos, o en salas polivalentes, cualquier día de la semana, sin la necesaria coordinación con otros compañeros con los que se comparta sala de vistas”.

Por último, en “Mano a mano”, Yamila Cagliero nos entrega valiosas respuestas sobre la comunicación y el uso de redes sociales por parte de profesionales del derecho. Explica Yamila: “Ninguna red social tiene el mismo lenguaje, ni la misma audiencia. Es un error muy común crear un solo mensaje y com-

La amenaza será más bien una toma de posesión gradual de nuestros puestos de trabajo por parte de máquinas que pueden hacer nuestro trabajo mejor que nosotros, o al menos más barato que nosotros.

En mi opinión, este es un resultado inevitable del progreso tecnológico: es imposible detener el avance tecnológico una vez que ha comenzado.

Podemos ralentizarlo imponiendo regulaciones e impuestos a la innovación (que es lo que están haciendo muchos gobiernos), pero finalmente la tecnología superará estas barreras y se abrirá paso en nuestras vidas de todos modos.

V. La escritura se está volviendo bastante buena... algunos dirían que demasiado buena

Escribir se está volviendo muy bueno... algunos dirían que demasiado bueno. Esto se debe a que la IA ha mejorado a pasos agigantados, permitiéndole escribir artículos de noticias tan bien como algunos de sus periodistas y bloggers favoritos.

Y mientras la IA sigue mejorando, a algunas personas les preocupa que esta tecnología acabe siendo tan avanzada que quite puestos de trabajo a los redactores humanos, dejándolos sin empleo y sin ingresos para mantenerse a sí mismos o a sus familias.

Sin embargo, otros argumentan que el uso de la tecnología de IA podría ayudar a los que fueron despedidos al darles la oportunidad de volver a trabajar en otros sectores en los que todavía hay demanda de mano de obra humana, como el periodismo.

Por ello, muchos expertos están de acuerdo en que, aunque puede haber algunas desventajas a corto plazo asociadas con el aumento del uso de este tipo de tecnología dentro de nuestra industria, con el tiempo deberíamos ver importantes beneficios a largo plazo, así como una mayor movilidad social a través de mejores oportunidades de trabajo en todas las industrias que nunca antes se habían experimentado.

Algunos expertos creen que una IA sofisticada podría ser mejor que los humanos a la hora de detectar errores factuales en las noticias.

partirlo exactamente igual (hacer *copy/paste*) en todas las cuentas, es decir, sin desarrollar una estrategia de contenidos única para cada canal. Mientras que en Facebook es conveniente mantener una conexión más humana, muy escrita, menos comercial, y aprovechar al máximo los grupos temáticos; Instagram y TikTok son plataformas visuales, en donde tenemos que enfocarnos a crear contenidos que atraigan interés (que será momentáneo), cuidando la identidad visual y elaborando una historia sobre nuestra marca. Twitter es sinónimo de efímero, breve e impactante. Acá valen los mensajes sólidos, los temas en tendencia, y mantener mucha conversación con nuestra audiencia. Para finalizar con las redes sociales más utilizadas, LinkedIn es la red profesional por excelencia y se basa en las relaciones laborales. Es un lugar para mostrar nuestros logros y talentos ante otros colegas y empresas; y hacer redes de contactos útiles. El lenguaje es más formal y no se centra tanto en la venta”.

Esperamos que pueda disfrutar del contenido de esta edición tanto como nosotros.

¡Hasta la próxima!

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3008/2022

VI. Las noticias podrían estandarizarse más, el periodismo más técnico

Como probablemente haya notado, la industria periodística está en un estado de cambio. Muchos periodistas han sido despedidos en la última década, y muchos periódicos han cerrado o se han convertido en periódicos en línea. En este clima, es difícil no preguntarse si la automatización se hará cargo del periodismo por completo, y si eso es algo bueno o no.

La respuesta no está clara: algunos sostienen que los robots son una parte esencial de cualquier sociedad sana; otros dicen que están arruinando nuestro sentido de comunidad y cultura al sustituir el trabajo humano por procesos automatizados.

La automatización de la redacción podría facilitar las cosas a los periodistas, liberándolos para que se centren en tareas más importantes, como la comprobación de hechos y la edición, en lugar de realizar tareas sin sentido, como generar titulares o escribir resúmenes.

Sería más difícil para aquellos que dependen de trabajos como el de reportero como su principal fuente de ingresos, porque presumiblemente habrá menos demanda para esos puestos en un entorno en el que todo ya ha sido escrito por máquinas antes de ser publicado en línea (o tuiteado).

VII. El periodismo es solo el principio: la IA se encargará de otros trabajos creativos, como el de escritor

La redacción de artículos periodísticos es solo el principio. La revolución de la IA se hará cargo de otros trabajos creativos, desde médicos a abogados o mecánicos.

Será capaz de hacer estos trabajos mejor que nosotros, porque no tiene emociones ni prejuicios que puedan nublar su juicio; simplemente sigue la lógica programada en ella por su creador.

La Inteligencia Artificial podría incluso ser capaz de escribir programas informáticos por sí misma, ¡sin intervención humana! De este modo, podríamos crear robots completamente autónomos que realizaran tareas sin ninguna intervención humana: ¡serían ver-

daderos artilugios autosuficientes capaces de cuidar de sí mismos 24 horas al día, 7 días a la semana y 365 días al año!

VIII. Conclusión: Los robots vienen a por nuestros trabajos, pero eso no es necesariamente algo malo

Con el futuro del periodismo más incierto que nunca, no es de extrañar que algunos tengan miedo. Pero ¿ha llegado el momento de entrar en pánico?

Josefina Condrac

Viene de p. 1

I. Introducción

La experiencia planetaria del COVID-19 nos ha dejado como herencia una aguda conciencia de la extrema relevancia y, al mismo tiempo, del carácter ineludible de una transición digital global, con una fuerte dimensión transversal en los diferentes aspectos de la vida y del trabajo.

En el campo específico de la administración de la justicia, se ha podido observar en una pluralidad de contextos un sentimiento de compromiso desde lo interno de los poderes judiciales, que han readaptado con gran agilidad las modalidades de trabajo pre-pandémicas, adecuando los sistemas informáticos a las necesidades imperantes del momento, mientras que sus operadores se amoldaban con gran compromiso a los nuevos desafíos. Se puede apreciar que las circunstancias conllevaron a acelerar el proceso de digitalización, que, si bien se encontraba previsto ya en algunas provincias, probablemente habría tardado mayores tiempos en ser aceptado por los usuarios y, en cierta medida, por parte de los mismos integrantes de los poderes judiciales.

De esto puede resultar que la sociedad postvirus logre adquirir de manera permanente un mayor nivel de eficiencia por medio de una digitalización de los procesos que la coyuntura pandémica ha acelerado poderosamente. Ahora la pregunta es: ¿La digitalización de la justicia y, en particular, el uso de la Inteligencia Artificial (IA) permitirá lograr resultados de transparencia y equidad o, al contrario, supondrán un incremento de las desigualdades sociales y cuestiones éticas irresueltas?

En diferentes partes del mundo, a nivel nacional como en contextos supranacionales, se observa una tendencia creciente hacia la experimentación y el empleo de algoritmos de Inteligencia Artificial en los tribunales y en el ejercicio de la profesión legal, con la intención de individualizar modelos más eficientes y funcionales en la gestión de asuntos judiciales. El fenómeno se enmarca en la experiencia general de la “justicia 4.0”, la cual se manifiesta como un conjunto de prácticas judiciales que priorizan la digitalización y la innovación tecnológica, atribuyendo un papel absolutamente protagónico al aporte de la IA.

El uso de la IA en la administración de la justicia en una pluralidad de niveles y articulaciones ha estimulado, en tiempos recientes, reflexiones siempre más numerosas sobre los “pros” y los “contras” de una aplicación a

Según muchos expertos, los robots no se harán cargo de nuestros trabajos de redacción en un futuro próximo. Alana Semuels, redactora de la Revista *The Atlantic* y autora de “*The Future Is Work*”, dijo en una entrevista con *Recode Media* que cree que los periodistas robóticos tardarán décadas en hacerse realidad, si es que llegan a hacerlo.

De hecho, ni siquiera los considera periodistas “reales”: “Simplemente no creo

gran escala de la IA, teniendo en cuenta una serie de implicancias éticas y jurídicas que derivarían de dicho escenario.

El resultado es un debate —ya muy amplio y comprensiblemente multidireccional— que se desarrolla principalmente en la búsqueda de soluciones de conciliación y compromiso entre eficiencia y equidad.

En esta ocasión, intentaremos definir algunas directrices de análisis del impacto que el fenómeno en cuestión podría provocar sobre las características del debido proceso, en su doble naturaleza de proceso formal y de proceso sustantivo.

Se trata de un campo de estudio en el cual las dudas abundan con respecto a las certezas, y que demanda con urgencia esfuerzos de profundización en la búsqueda de definiciones más ciertas sobre el futuro de uno de los pilares conceptuales más importantes de la cultura jurídica universal.

Como veremos, los aportes jurídicos que desde hace unos años las instituciones de la Unión Europea están ofreciendo sobre la materia pueden resultar particularmente útiles en vista de una comprensión más profunda del fenómeno en sus diferentes articulaciones. En particular, en tiempos recientes la Comisión Europea, titular del Poder Ejecutivo y de la iniciativa legislativa en la UE, ha vuelto a remarcar que “el uso de la IA, con sus características particulares (p. ej., la opacidad, la complejidad, la dependencia de datos, el comportamiento autónomo) puede tener repercusiones negativas para múltiples derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (1), entre los cuales se destacan el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa.

Es por ello por lo que la Comisión ha elaborado una propuesta de Reglamento mediante el cual se establecen normas armonizadoras en materia de IA con la finalidad de otorgar una mayor protección de los derechos fundamentales y evitar los riesgos que puede generar la IA; de esta manera también se determina la aplicación uniforme de las normas sobre la IA (definición, prohibiciones, etc.).

Es así como se pretende imbuir a los ciudadanos y demás usuarios de la confianza necesaria para la adopción de herramientas de IA, impulsando contextualmente el uso de soluciones fundadas en ella. Por estas razones el proyecto de Reglamento evidencia sobre los riesgos que pueda generar la IA, determinando como prohibidas aquellas prácticas que violen los derechos funda-

que esto sea lo que debería ser el periodismo”.

IX. Conclusión sobre los robots que escriben

Debemos ser optimistas sobre el futuro del periodismo y del trabajo creativo. No hay duda de que la IA tendrá un gran impacto en los trabajos, pero no tiene por qué ser negativo. Es importante recordar que los seres humanos no son solo trabajadores; también somos consumidores de noticias y entretenimiento.

mentales, obligando a garantizar una mayor transparencia en aquellos sistemas que interactúen con seres humanos, que detecten emociones o pertenencias a categorías sociales o bien generen o manipulen contenido, a fin de reducir el riesgo de discriminación algorítmica.

Como medidas a favor del uso de la IA el Reglamento estimula a las autoridades competentes de cada país a promover espacios de pruebas para determinar el riesgo de afectación de los derechos fundamentales, aplicando un criterio de proporcionalidad entre las medidas de tutela y el nivel de riesgo y disminuyendo así la probabilidad de sesgos que las decisiones tomadas con el uso de la IA puedan ocasionar.

Como consecuencia, la propuesta de Reglamento también establece diferentes niveles de riesgos derivados del uso de la IA y los clasifica en aquellos que generan: a) Un riesgo inaceptable; b) Un riesgo alto; y c) Un riesgo bajo o mínimo. Al respecto, ubica como alto el riesgo de sistemas de IA que, en la administración de justicia, sean destinados a investigar o interpretar hechos y el derecho aplicable al caso ya que pueden afectar los derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva y la imparcialidad. Al mismo tiempo remarca que esta clasificación no comprende las tareas meramente administrativas que se desarrollan dentro del ámbito de la justicia.

En general, estos primeros aspectos del debate nacional e internacional que acabamos de evidenciar ya nos permiten percibir la magnitud del impacto que una justicia ampliamente asistida por la IA podría generar en un futuro próximo, en un contexto en constante evolución y abierto a la aplicación de recursos digitales complejos.

II. La Inteligencia Artificial como última frontera de la digitalización de la justicia

La aplicación de recursos de Inteligencia Artificial en la administración de justicia debe ser considerada como la etapa más reciente y visible de un proceso de digitalización de la justicia que se ha desarrollado en diferentes fases y en forma desigual según los diferentes ordenamientos nacionales.

El matemático norteamericano John McCarthy (1927-2011) ha definido la Inteligencia Artificial como “la ciencia y la ingeniería para fabricar máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes” (2). Cuando hablamos de IA nos referimos a la capacidad de algunas tecnologías de analizar, tomar decisiones, desarrollar conocimientos y, más en general, reproducir facultades cognitivas propias de los seres humanos, potenciándolas más allá

A la hora de la verdad, creo que la mayoría de la gente prefiere consumir un buen contenido que un contenido malo o aburrido, incluso si no se dan cuenta de que lo están haciendo. Como en cualquier otro trabajo que implique creatividad, siempre habrá espacio para la aportación humana cuando llegue el momento de crear algo nuevo.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3010/2022

de los límites ínsitos en una simple colaboración entre personas.

Entre los ámbitos en los cuales la IA está encontrando espacios de experimentación y uso está incluida la administración de la justicia. A este propósito, cabe observar que este fenómeno no es una novedad en absoluto, ya que se pueden detectar con claridad sus antecedentes en la llamada “jurimetría”, la ciencia que profundiza la utilidad y el impacto de los métodos matemáticos como soporte para la solución de cuestiones jurídicas (3).

A partir de esos primeros pasos en la aplicación de métodos cuantitativos a la administración de la justicia, se avanzó progresivamente en el procesamiento de datos al servicio de los asuntos legales hasta llegar, al inicio del siglo XXI, a la individualización de líneas concretas de investigación sobre el uso de la IA en el trabajo de jueces y abogados, sobre todo en algunas tipologías de juicios, por ejemplo, los que hacían referencia al contencioso-financiero.

A partir del inicio de los años 2000, según los autores italianos C. Castelli y D. Piana (año 2019) es posible identificar tres etapas de la evolución entre tecnología y justicia. En una primera etapa, el foco de la atención ha sido puesto prioritariamente sobre la oportunidad de incrementar la eficiencia de la administración de justicia por medio de la tecnología. En esta fase de desarrollo tecnológico, nos encontramos con un rol creciente de la llamada “digitalización de la justicia”, sin que eso implique un impacto significativo de recursos de IA. Una segunda etapa, según Castelli y Piana, se refiere al desarrollo de un nuevo potencial cognitivo basado en el procesamiento de bases de datos para construir modelos de previsibilidad y racionalización en la administración judicial. La tercera etapa es hija de la segunda y su eje principal está en los procesos de aprendizaje automático a partir de los *big data*, que implican un uso sistemático de la Inteligencia Artificial propiamente dicha (4).

III. Apostar por la eficiencia de los procesos

El uso de la IA en la administración de justicia supone, en primer lugar, la búsqueda de una significativa mejora de los resultados en términos de eficiencia a partir del tiempo de trabajo utilizado para llevar a cabo una cierta tipología de procesos.

En particular, en lo que se refiere a cuestiones meramente procedimentales, ya no hay dudas acerca de los beneficios que la aplicación de *software* y algoritmos de IA pueden aportar en tareas simples como la individualización de datos y su inserción en esquemas predefinidos. Dicho de otra

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Comisión Europea (2021), Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y que modifica determinados actos legislativos de la Unión, COM/

(2021)206 final, 3.5 “Derechos fundamentales”.

(2) MCCARTHY, John, *What is AI?*, en *Stanford University*, consultable en <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>, consultado el 01/08/2021.

(3) El uso de la palabra “jurimetrics” remonta al final

de los años 1940 y se debe a Lee Loevinger. A este propósito es posible consultar: LOEVINGER, L. (1949), *Jurimetrics. The Next Step Forward*, in *Minn. Law Rev. Journal of the State Bar Association*, volume N° 33/5-1949, p. 455, <https://core.ac.uk/download/pdf/217207244.pdf>. Consultado el 01/08/2021.

(4) CASTELLI, Claudio - PIANA, Daniela (2019), *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Maggioli Editore, abstract publicado en: <https://www.diritto.it/intelligenza-artificiale-e-giustizia/>, consultado el: 30/01/2021.

manera, la IA encontraría un campo de aplicación ideal en todo el conjunto de operaciones que se podrían calificar como meros trámites sin particulares complicaciones. En estos casos, la aplicación de la IA apunta directamente a una implementación más rápida y precisa de los procedimientos que la actividad judicial tradicional realiza muchas veces en tiempos más largos, generando en algunas circunstancias malestar en las personas humanas o jurídicas que esperan recibir servicios de justicia congruentes con sus derechos, exigencias y expectativas. En la actualidad, es posible realizar incrementos de eficiencia gracias a algunos sistemas de IA aplicados a la justicia que permiten —entre otras cosas— traducciones automáticas, transcripciones de audio a texto, y conversaciones robóticas que facilitan un primer acceso a la justicia por parte de los potenciales usuarios.

De esta manera, una máquina realizaría con base en criterios ciertos esas funciones repetitivas que empleados judiciales deben implementar por medio de un continuo “copia y pega”, siendo evidente que casi ningún escrito de esa naturaleza se redacta por entero desde el principio cada vez que haga falta reproducirlo.

A este punto podríamos preguntarnos si el aporte de la IA a la administración de la justicia puede considerarse circunscripto únicamente a la perspectiva de un más o menos consistente incremento de eficiencia. En realidad, parecería haber mucho más que eso. Volveremos sobre este tema más adelante, pero podemos anticipar algunas reflexiones sobre la relación entre la IA y la calidad de la acción judicial.

Con referencia a las funciones realizadas en el Poder Judicial, teniendo en cuenta que el ahorro de recursos aplicados a una cierta tarea no puede tener como consecuencia el despido de una cuota de personal, la aplicación de la IA en amplia escala podría significar la concreta oportunidad de generar una mayor dedicación hacia tareas que implican un esfuerzo cognitivo más atento y prolongado, mejorando de hecho no solo la eficiencia, sino también la calidad de los procesos resolutivos.

Aplicar un mayor número de horas de trabajo, tanto de empleados como de funcionarios, a tareas no repetitivas, permitiría salir del afán de la coyuntura rutinaria y concentrar la atención en cuestiones más estratégicas, como la mejora de los procesos internos, el rediseño de las estructuras de trabajo en los juzgados y la adquisición de una visión más holística de la función misma de administración de justicia.

IV. El desafío de la “justicia 4.0”

Apostar por la eficiencia de los procesos, optimizar los recursos públicos asignado a los tribunales, automatizar algunas funciones para permitir que magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial se ocupen de tareas menos repetitivas: estos son algunos de los aspectos involucrados en el debate sobre el futuro de la justicia 4.0, que contribuye a trazar un horizonte caracterizado por una administración de justicia

en búsqueda de altos niveles de innovación tecnológica, simplificación y digitalización.

En este ámbito el aporte de la IA será fundamental y absolutamente protagónico en vista de la verdadera modernización de una parte tan esencial de la función pública. El objetivo imperioso de avanzar hacia una justicia totalmente evolucionada es la consecuencia de los reiterados pedidos de una parte mayoritaria de la ciudadanía que considera a veces la máquina judicial como ineficiente y quisiera verla funcionar conforme a las exigencias que la personas humanas y jurídicas muchas veces manifiestan, en público como en contextos más reservados.

La pregunta recurrente es: ¿el uso de la IA podrá ser lo suficientemente controlado para configurar una reforma de la justicia atenta a los objetivos de eficiencia y progreso y, al mismo tiempo, confirmar todas las garantías que son propias del debido proceso?

Con respecto a este interrogante, la Unión Europea está desarrollando desde hace tiempo una reflexión muy profunda y de amplio alcance, lo que hace que pueda ser considerada como un verdadero punto de referencia a nivel internacional en el debate sobre el tema. En un documento del año 2020 la Comisión Europea ha afirmado que:

“El uso de aplicaciones de inteligencia artificial puede conllevar multitud de beneficios, como el aprovechamiento de la información de formas nuevas y muy eficientes, así como una mejora del acceso a la justicia, incluida una duración menor de los procesos judiciales. Al mismo tiempo, el potencial de opacidad o sesgo inherente a algunas aplicaciones de inteligencia artificial puede plantear riesgos y desafíos para el respeto de los derechos fundamentales y su adecuada aplicación, incluido especialmente el derecho a una tutela judicial efectiva y un juez imparcial” (5).

Como se detalla en un informe publicado en septiembre de 2020, resultado de un estudio específico comisionado por la Unión Europea sobre el uso de las tecnologías innovadoras en el campo de la justicia, el órgano ejecutivo de la UE produjo un *status quaestionis* sobre el desarrollo de la estrategia europea de e-justicia prevista por el Plan de Acción Europeo 2019-2023, analizando un total de 130 proyectos basados en el uso de la IA y/o de las tecnologías *blockchain* en el ámbito judicial (6). Entre las recomendaciones que las autoridades de Bruselas detallan en el documento citado se destaca el objetivo de trabajar en vista de la aplicación de una *Human-Centric Artificial Intelligence*, es decir una IA que resulte constantemente enmarcada en un conjunto de claras indicaciones éticas y guiada por el objetivo general del pleno respeto de los principios de transparencia, inclusión y rendición de cuentas.

En esta misma línea se mueve la Comisión Especial sobre la Inteligencia Artificial en la Era Digital, instituida por el Parlamento Europeo en el año 2020 y denominada por medio del acrónimo AIDA (*Artificial Intelligence in a digital Age*). En un informe del 5 de abril de 2022 la Comisión analiza el impacto potencial de la IA sobre la Adminis-

tración pública y el futuro de la democracia, recordando que la IA tiene un potencial para incrementar la eficiencia del sector público y que, al mismo tiempo, el desarrollo de las tecnologías digitales en este ámbito es extremadamente rápido: estas circunstancias pueden dificultar el discernimiento por parte de los *policy makers*, debido a la dificultad de adquirir en breve tiempo una comprensión profunda de los mecanismos de la IA y de los resultados que se podrían generar en el ámbito público (7).

V. El debido proceso en su versión digital

Como hemos observado en la premisa de esta reflexión, la compatibilidad de los recursos de la IA con la preservación de las condiciones del debido proceso constituye el aspecto clave de cualquier análisis de impacto de la IA en el modelo de administración de justicia que nos espera en el breve y mediano término.

El debido proceso puede ser definido como una garantía procesal que debe estar presente en cualquier tipo de juicio y en toda clase de procesos, en vista de una correcta aplicación de la ley, en conformidad con el principio fundamental del respeto de la dignidad humana.

Cuando hablamos de debido proceso, hacemos referencia a una serie de garantías procesales que tienen como fin el de asistir a una persona durante un proceso, permitiéndole realizar una plena defensa de sus derechos y brindándole protección frente a eventuales abusos que podrían ser perpetrados por las autoridades. Las garantías procesales indicadas por la Constitución Nacional argentina son, entre otras, la inviolabilidad de la defensa en juicio, la irretroactividad de la ley, la intervención del juez natural y el derecho a un juicio previo.

Asimismo, el derecho a un debido proceso legal es contenido en el art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entendido como “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera” (8).

En el marco de una tendencia general de modernización de la administración de la justicia, es indispensable tener en cuenta la noción de “debido proceso digital”, entendido como “una de las manifestaciones del debido proceso legal aplicado al ecosistema judicial digital y/o sede digital, y como garantía constitucional que establece los límites, principios y condiciones al ejercicio de la potestad de la administración de justicia para la protección y respeto de los derechos constitucionales y convencionales de cada usuaria/usuario digital” (9).

Según el fallo dictado por la Excma. CSJ de Mendoza, arriba citado, el concepto de debido proceso resulta estrictamente vinculado al respeto de una serie de principios fundamentales que definen unos derechos de la

persona con referencia específica a sus interacciones en un entorno digital. Algunos de ellos son propiamente la inclusión digital, la accesibilidad a unos recursos tecnológicos básicos, la trazabilidad y la transparencia de las comunicaciones, así como la protección de datos personales.

Conforme a las argumentaciones contenidas en el fallo en cuestión, los principios enumerados —propios de un contexto judicial digitalizado— permiten reforzar “los principios clásicos procesales de inmediatez, publicidad, celeridad, concentración y economía procesal que así alcanzan su plenitud a través de las nuevas tecnologías” (10).

En el marco del debido proceso digital, un uso amplificado de la IA podría cobrar relevancia como conjunto de herramientas para racionalizar el empleo de recursos humanos y de tiempo siempre más escasos. En la actualidad, el uso de las nuevas tecnologías para la gestión de jurisprudencia, doctrina e información judicial a gran escala es una de las principales utilidades que la revolución de la IA parece haber aportado, hasta ahora, al ámbito judicial y legal. Es innegable que, debido a la posibilidad de procesar una enorme cantidad de datos por medio de sofisticados algoritmos, la IA permite realizar en tiempos muy breves trabajos de análisis que no estarían ni siquiera al alcance de operadores humanos, a menos de no emplear ejércitos de analistas con tiempos y costos desproporcionados.

Como veremos, la modernización de la justicia en términos de gestión digital implica una serie de desafíos, entre los cuales cabe mencionar la necesidad de una formación adecuada y profunda de los agentes judiciales “no solo técnicamente, sino en recursos humanos y habilidades empáticas, para que puedan desarrollar toda la inteligencia emocional a favor de la evolución de la llamada e-justicia, en donde prime el respeto y dignidad de la ciudadanía” (11).

VI. El carácter multidimensional de la relación entre IA y justicia

Si intentamos adentrarnos en los aspectos más profundos y controvertidos de la relación entre IA y justicia, no cabe duda de que nos encontraremos frente a un nuevo capítulo de la Interacción entre el Hombre y la Máquina (IHM), la cual se caracteriza por un desarrollo milenar tan viejo como la creación de las primeras herramientas rudimentales, pero al mismo tiempo ha cobrado una relevancia fundamental en el marco de la relación entre los humanos y la tecnología computacional.

El binomio IA y justicia configura una cuestión que no se coloca en un simple punto de encuentro entre tecnología y derecho, sino que requiere un análisis de sus múltiples implicancias antropológicas, sociales y políticas, con la mira puesta en la individualización de un marco ético adecuado a la magnitud del desafío. Como pasó con anteriores revoluciones tecnológicas de la historia de la humanidad, el punto de la cuestión no parecería ser la elección sobre la oportunidad de dar curso a una nueva etapa de desarrollo —que ya está presente—, sino

(5) Comisión Europea, “La digitalización de la justicia en la UE. Un abanico de oportunidades”, Bruselas, 2/12/2020, COM (2020) 710 final, p. 11. De todos modos, en el mismo documento la Comisión afirma que “la toma de decisiones definitivas debe seguir siendo una actividad llevada a cabo por seres humanos. Solo un juez puede garantizar el verdadero respeto de los derechos fundamentales, encontrar el equilibrio entre intereses contrapuestos y reflejar los cambios constantes de la sociedad en el análisis de un asunto”.

(6) Comisión Europea (2020), Dirección General Justicia y Consumidores, *Study on the use of innovative technologies in the justice field. Final Report*, Bruselas,

14/09/2020. Publicado en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fb8e194-f634-11ea-991b-01aa75ed71a1/language-en>. En el estudio se analizaron 93 proyectos impulsado por el poder judicial en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, 8 proyectos de organizaciones profesionales del ámbito legal y 29 proyectos de empresas del sector de ICT que ofrecen productos específicos para su aplicación en el ejercicio de las profesiones legales.

(7) European Parliament (2022), *Report on artificial intelligence in a digital age*, Special Committee on Artificial Intelligence in a Digital Age, Bruxelles, 05/04/2022, consultado el 07/09/2022 en: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/246872/A9-0088_2022_EN.pdf.

(8) Con respecto al impacto del derecho internacional en el derecho interno de los diferentes países sobre el tema del debido proceso, Pittier (2015) ha afirmado que “el paulatino desarrollo y afianzamiento del derecho internacional de los derechos humanos, y más específicamente, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ha representado un fuerte impacto en el derecho interno de cada uno de los Estados que forman parte de este. En efecto, no resulta concebible que un país tenga una legislación doméstica que no consagre o contradiga esos mismos derechos y garantías acerca de los cuales se ha puesto de acuerdo la comunidad internacional” [PIT-

TIER, Lautaro E., “El estándar del debido proceso en el Derecho Argentino”, Rubinzal Culzoni (RC) D 1310/2015].

(9) SCJ, Sala Segunda Poder Judicial Mendoza, CUIJ: 13-05413943-2/1 (018602-755191) fc/ Sánchez Gutiérrez, Alberto Amadeo p/ abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por la guarda contra un menor (755191) p/ recurso ext. de Casación.

(10) SCJ, Sala Segunda Poder Judicial Mendoza, op. cit.

(11) CABRERA, R. F., “Inteligencia artificial y su impacto en la justicia”, *Revista Científica de la Universidad de Salamanca*, España, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6845783>, consultado el: 16/08/2021.

generar una comprensión profunda de los posibles escenarios que podrían darse y del camino más adecuado para garantizar los derechos de los ciudadanos en la era de la Justicia 4.0.

En esta línea se sitúa el valioso aporte de Daniela Piana, investigadora de la Universidad de Bolonia (Italia) y de otras entidades académicas europeas, cuando evidencia que hablar de “inteligencia” en relación con la aplicación de métodos matemáticos avanzados en el sector de la justicia, implica una toma de posición y un impacto fuerte también en la dimensión epistemológica, con una serie de preguntas y numerosas cuestiones para debatir, muchas de las cuales parecen destinadas a quedar abiertas durante un tiempo bastante largo.

Según Piana, la palabra “inteligencia” puede evocar una intencionalidad que da forma a un comportamiento individual, pero al mismo tiempo puede referirse a una dimensión transubjetiva en la cual el producto de una acción cobra sentido también para actores externos y diferentes del que actúa. Siguiendo este camino, la noción de inteligencia asume las características de una “racionalidad adaptativa”, es decir la capacidad de establecer mecanismos recurrentes de resolución de problemas que permitan escapar de la arbitrariedad que la intencionalidad humana podría implicar. Racionalizar y sistematizar y, al mismo tiempo, dar un sentido, extraer de los datos una información que agregue valor e inspire el razonamiento: son solo algunas de los matices que se nos presentan a la hora de abordar el significado profundo de la relación entre IA y justicia, observada desde una pluralidad de perspectivas diferentes (12).

VII. Los desafíos éticos de la IA aplicada a la administración de justicia

Si bien el uso de la IA por parte de jueces, funcionarios, empleados judiciales y abogados litigantes puede generar algunas ventajas objetivas, es evidente que trae también una serie de dilemas.

Uno de los principales desafíos éticos que los documentos de la Unión Europea han evidenciado respecto a las aplicaciones de la IA —no solo en el campo de la justicia— tiene que ver con los riesgos y los problemas que podrían manifestarse en la medida en que se permita a las máquinas y a los robots aprender a desarrollar procesos decisionales autónomos sin que intervenga ningún tipo de resolución humana hasta la etapa ejecutiva.

Un interrogante al cual hay que responder en materia ética es si es posible hacer un uso de la IA que resulte ampliamente compatible con las garantías de igualdad de trato y no discriminación, consagradas por la Constitución Nacional como eje fundamental del debido proceso en beneficio de todos los ciudadanos. Para lograr este objetivo de fondo es indispensable que un uso constante de la IA en la administración de la justicia no llegue a generar formas de discriminación masiva: desde este punto de vista hay que tener en cuenta la importancia de la calidad de los datos cargados desde el inicio en las máquinas para poner en marcha y alimen-

tar los procesos de aprendizaje automáticos propios de la IA. Un nivel de control inadecuado sobre la calidad de los datos podría inducir en la administración de la justicia la presencia de sesgos que configuren una discriminación sistemática contra grupos de personas con características similares.

Si queremos que las decisiones algorítmicas no generen efectos negativos en los contextos sociales a los cuales se aplican, es indispensable construir un sólido consenso institucional y comunitario alrededor de la defensa de valores fundamentales como la equidad, la justicia, la privacidad y la dignidad humana. Frente a los riesgos tangibles de un uso acrítico de la tecnología, como consecuencia de procesos de cambio que se producen de manera rápida y, a veces, vertiginosa, solo la definición de un cuadro ético compartido parecería poder proporcionar una base mínima de seguridad en la administración judicial.

VIII. Normatividad adicional y brecha digital: las preocupaciones europeas en una etapa de transición

Uno de los pilares del debido proceso es la garantía de ser juzgados conforme a la ley y en el respeto del principio de irretroactividad de esta. Sin embargo, algunos autores e instituciones se están planteando la cuestión del riesgo que, como consecuencia de un uso siempre más amplio de la IA, al imperio de la ley se pueda agregar la influencia institucionalizada de una “normatividad adicional”.

¿A qué se refieren estudiosos y representantes institucionales cuando emplean esa expresión? Se trataría del impacto potencial en la administración de la justicia que se podrá generar a través de recopilaciones automáticas de casos y sentencias que, por medio de su repetición, se volverían imperativas en presencia de un uso preeminente de los algoritmos de inteligencia artificial en las etapas finales de definición de los juicios. El peligro de la creación *de facto* de una nueva fuente de derecho ha sido señalado, entre otros, por el Consejo de Europa (año 2018) que —en la *Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno* (año 2018)— ha manifestado la fuerte preocupación que un supuesto “estándar resultante del número de decisiones tomadas sobre un asunto específico” (13) pudiera generar una concreta coacción sobre la libertad de un juez humano de definir un caso con base en las normas vigentes frente a los vínculos representados por las normas *sui generis* paulatinamente establecidas por medio de un número creciente de jueces-robots.

Asimismo, entre las implicancias más evidentes del proceso global de transición digital se encuentra sin duda la cuestión de la brecha digital existente entre los que tienen una normal posibilidad de acceso a las tecnologías digitales fundamentales y los que todavía resultan excluidos, además de carecer de la base cultural y formación necesaria para utilizar un conjunto de herramientas tecnológicas de manera satisfactoria y eficaz.

A este tema la Unión Europea ha dedicado en tiempos recientes una amplia reflexión.

En palabras de la Comisión Europea, “la transición digital debe redundar en beneficio de todos, dando prioridad a las personas y abriendo nuevas oportunidades para las empresas” (14). Sin embargo, aun frente al entusiasmo de instituciones que están abordando la cuestión de la transformación digital con una planificación minuciosa, ¿cómo es posible garantizar que se dé una transformación particularmente atenta hacia los derechos fundamentales de las personas y los intereses de todos los actores sociales y económicos?

En el campo específico de la administración de la justicia, esta inquietud implica la búsqueda de una conciliación sustancial entre el objetivo de eficiencia de los procesos jurisdiccionales y la tutela de una pluralidad de derechos. A este propósito, según la economista y alta funcionaria española Nadia Calviño.

“La transformación digital es imparable y, además, supone una gran oportunidad. [...] Pero es fundamental que encaucemos el proceso desde una perspectiva humanista para que los algoritmos no se conviertan en máquinas de automatización de la desigualdad ni perpetúen antiguos estereotipos de género o contribuyan a crear otros nuevos. [...] Nuestros derechos fundamentales en el mundo *offline* deben quedar intactos en nuestra vida *online* y para ello necesitamos el compromiso de toda la sociedad, de los poderes públicos y las empresas privadas, de la sociedad civil y las instituciones” (15).

Dicho de otra forma, podríamos afirmar que el debate sobre los efectos que la “ciberjusticia” podría generar con respecto al debido proceso tiene que ver también con el tema de la vulnerabilidad digital que, en algunos países, afecta a amplios sectores de la población. Si por un lado es posible afirmar que la aplicación de la IA y el incremento de eficiencia que esta conlleva pueden reforzar el derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos, por otro lado, la misma tecnología que apunta a consolidar algunos derechos fundamentales de las personas, al mismo tiempo puede afectar su plena tutela debido a la condición de exclusión digital que todavía es propia de una parte relevante de la población. En este caso, la exclusión parcial o total del acceso a recursos electrónicos agregaría una causa adicional a las desigualdades sociales y económicas que ya afectan los derechos fundamentales que el debido proceso debería garantizar.

A este respecto es interesante tomar en cuenta lo que la Unión Europea ha afirmado en un documento del diciembre de 2020 sobre la digitalización de la justicia: “Las tecnologías digitales son cada vez más fáciles de usar y más accesibles para el gran público, independientemente de la edad o el nivel de educación, además de ser accesibles para personas con discapacidad. No obstante, las medidas institucionales, organizativas y técnicas deben garantizar el pleno acceso a la justicia de los grupos desfavorecidos y de las personas en situación de vulnerabilidad, como los niños y las personas mayores, que puedan carecer de los medios necesarios o las capacidades digitales” (16).

En tema de justicia digital, otra cuestión afín a la que acabamos de identificar es la de la protección de los datos personales. Como afirma Miguel de Asís Pulido, una difusión amplia de procesos gestionados directa o indirectamente por medio de aplicaciones de IA podría exponer la administración de la justicia al peligro de fuga de datos y uso indebido de informaciones personales. “Por tanto, es insoslayable que los avances en ciberjusticia vengán acompañados con el refuerzo de los derechos a la protección de datos de los ciudadanos, a fin de que su información esté debidamente cifrada y segura a lo largo del proceso” (17).

En el marco de la búsqueda de un cuadro ético favorable a una transición digital humanista en la administración judicial, es siempre más urgente la necesidad de enmarcar en un paradigma ético los algoritmos que rigen el uso de los nuevos recursos digitales, respetando cuidadosamente un conjunto de principios cuales la transparencia, la inclusión, la privacidad y la imparcialidad por su alta incidencia en las dinámicas de servicio a las personas y desarrollo de las comunidades.

IX. En busca de un límite al dominio de la tecnociencia

Los dilemas éticos que, aunque solo en parte, hemos tratado de reconstruir con referencia al impacto de la IA sobre el debido proceso nos inducen a una reflexión profunda sobre el tema de la búsqueda de un límite frente al dominio incontrolado de la tecnociencia: esta cuestión se enmarca en la visión de una sociedad posmoderna en la cual se podría llegar a subordinar sin remedio los valores humanos a criterios meramente procedimentales basados en la eficiencia de la producción administrativa.

A este punto, es correcto que nos preguntemos lo siguiente: ¿qué lugar queda concretamente para una administración de justicia que sepa garantizar desde lo profundo los derechos fundamentales de la persona humana? Este interrogativo nos permite recordar la postura que hace casi dos décadas fue manifestada por el físico John Ziman, de la Universidad de Bristol. El renombrado científico, analizando las consecuencias sociales del desarrollo tecnológico, intentó diferenciar oportunamente los roles de la ciencia y de la tecnología, afirmando que “la ciencia puede desempeñar un papel relevante combatiendo la tecnocracia desde la crítica y la imaginación de escenarios alternativos, aportando la defensa de los valores humanos que deben subyacer a nuestra civilización”. Asimismo, señaló que “el papel no instrumental [de la ciencia] como órgano de la sociedad civil es un elemento esencial de la democracia pluralista” (18). Dicho de otra forma, Ziman advirtió con lúcida capacidad de previsión los riesgos y los límites propios de una concepción puramente tecnocrática de la actividad humana: por esta razón, argumentó firmemente la necesidad de restablecer un enfoque éticamente fundado y sumamente responsable sobre los posibles aportes de la tecnología a las necesidades de la sociedad humana.

Para lograr el objetivo general de enmarcar el rol de la tecnología dentro de un escenario

(12) El análisis epistemológico del concepto de inteligencia artificial se encuentra en PIANA, Daniela (2020), *Dal rito al calcolo e ritorno. Affresco sull'incontro tra il sistema giustizia e l'intelligenza artificiale*. Rivista Orientamenti in 'Archivio Penale', <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=47081533-4883-43cc-9824-830a2cbc6cb9&idarticolo=23850>, p. 3, consultado el 29/01/2022. La investigadora Daniela Piana evidencia la riqueza epistemológica que es posible descubrir en la expresión “inteligencia artificial” aún más cuando se la relaciona con el campo del derecho y la administración de justicia (“L'intelligenza è anche la capacità di andare

oltre la “semplice” maîtrise di una quantità, quand'anche vasta, di dati. Si tratterebbe piuttosto di sapere trarre da quei dati informazioni, conoscenze, che saranno di valore tanto più grande quanto più saranno capaci di ispirare, fondare, sostanziare l'agire, sia esso cognitivo - il ragionamento - sia esso comunicativo— l'argomentazione - sia esso pratico - il fare le cose nel mondo).

(13) El tema del peligro del surgimiento de una normatividad adicional por medio de la aplicación de la IA en los procesos de toma de decisiones propios de la administración de justicia se encuentra formulado en: Consejo de Europa (2018), *Carta Ética Europea sobre el uso de la*

inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, documento aprobado por la Comisión europea para la eficiencia de la Justicia (CEPEJ), Estrasburgo, 2018, ps. 10 y 11.

(14) Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es, consultado el 20/09/2021.

(15) BLAZQUEZ, P., “Hay que apostar por una digitalización humanista que ponga a las personas en el centro”, <https://ethic.es/entrevistas/entrevista-nadia-calvino-vicepresidenta/>, consultado el: 20/12/2021.

(16) Comisión Europea, *La digitalización de la justicia en la UE. Un abanico de oportunidades*, Bruselas, 2/12/2020, COM (2020) 710 final, p. 6.

(17) PULIDO, M., “La incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho al debido proceso”, *Ius et Scientia* 2020, Vol. 6, Nº 2, ISSN 2444-8478, Editorial Universidad de Sevilla 2020, p. 197.

(18) ZIMAN, J. (2003), “Ciencia y Sociedad Civil”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad* (CTS), Nº 1 vol. 1, septiembre de 2003, ps. 177-188.

basado en sólidos principios éticos, es evidente que las instituciones deberían hacerse cargo de la definición de una articulada normativa que permita reglamentar cuestiones tan urgentes como efectivamente lo es el impacto del IA en la administración de la justicia. Sin embargo, a este propósito, algunos autores han evidenciado el peligro de la existencia de un “mundo a dos velocidades”, en el cual “mientras se discute la normativa, las grandes empresas tecnológicas avanzan en propuestas que pueden transformarla en obsoleta antes de que se apruebe” (19). Esta consideración abre un debate fundamental sobre la eficiencia de los procesos legislativos y regulatorios que deberán acompañar el desarrollo de la IA, no solo en el ámbito judicial, y que deberán ser necesariamente eficientes y caracterizados por una frecuente actualización de las normas por parte de los cuerpos legislativos.

X. El desafío de la transparencia

Para que el empleo de la inteligencia artificial en la administración judicial pueda realizarse en contextos seguros y respetuosos de los derechos fundamentales de las personas, muchos observadores coinciden en que uno de los criterios prioritarios debería ser el de la transparencia. La posibilidad de explicar los procesos por medio de los cuales la IA toma decisiones y la accesibilidad para todo público a ese tipo de explicaciones puede ser considerada como una de las condiciones indispensables para proteger los derechos humanos y el debido proceso en sus diferentes etapas de desarrollo. En otras palabras, cada usuario de servicios de justicia en los cuales intervengan los “sistemas expertos” basados en la inteligencia artificial, debería recibir una información clara y constantemente actualizada sobre los procesos mediados por la IA, conforme al principio que se denomina *under user control* (“bajo el control del usuario”).

Al tema de la transparencia, como ya hemos anticipado en la introducción, la Unión

Europea ha dedicado en tiempos recientes una remarcable atención, analizando el tema del impacto de la IA en la sociedad contemporánea por medio de un enfoque múltiple, desarrollado en su última propuesta de reglamento sobre el tema considerado (20). A tal fin la Comisión Europea ha incluido una parte relevante de las aplicaciones de IA entre las llamadas “tecnologías de alto riesgo”, definición que incluye toda clase de herramientas, programas y dispositivos tecnológicos que de alguna manera podrían interferir potencialmente con los derechos humanos. La búsqueda de un adecuado nivel de transparencia, junto con la aplicación de un *risk-based approach* que permita individualizar con claridad los diferentes aspectos de riesgo implicados por el uso de algoritmos, representa una directriz de referencia fundamental en la estrategia europea sobre el empleo de la IA en la administración de la justicia (21).

Para lograr este objetivo de tutela de los derechos, las instituciones europeas proponen dos modalidades de intervención oportunamente reglamentadas. La primera es una transparencia *ex post*, que “se puede lograr mediante un análisis retrospectivo de las operaciones computacionales realizadas, y esto será suficiente, por ejemplo, si el objetivo principal es compensar a las víctimas de decisiones incorrectas” (22). La otra herramienta consiste en una transparencia *ex ante*, es decir una evaluación preventiva de los procedimientos de toma de decisiones por medio de la inteligencia artificial. En este caso, garantizar una transparencia total representa probablemente un desafío más complejo, que podría requerir la renuncia al uso de ciertas tecnologías de aprendizaje automático, consideradas inseguras o expuestas a eventuales intentos de manipulación.

Al mismo tiempo es cierto que la definición de precisos criterios de transparencia y su rigurosa aplicación podrían acercarnos a una solución aceptable del dilema ético que, en principio, contrapone eficiencia y

equidad. Si por un lado existe la preocupación que un incremento de eficiencia debido al uso de algoritmos y “jueces-robots” podría perjudicar gravemente la justicia del caso concreto, por otro lado, en presencia de garantías fuertes de transparencia en el uso de la IA, la colectividad y los ciudadanos accederían a los beneficios que una mayor eficiencia de los procedimientos podría aportar.

A este propósito cabe aclarar que no se trataría simplemente de un ahorro en los recursos humanos y materiales que el Estado aplica a la función judicial, sino también de la posibilidad de garantizar más justicia por medio de un incremento de eficiencia. Sabemos que la acumulación de largos atrasos en los procedimientos que se desarrollan en los tribunales —que pueden llegar a configurar casos reales de omisión de parte del Estado— terminan violando *de facto* los derechos fundamentales de las personas, en la medida en que se les niega la posibilidad de recibir un tratamiento equitativo en un tiempo razonable. Al contrario, una mayor rapidez en la resolución de las cuestiones pendientes podría contribuir a llevar, en muchos casos, a una deseada humanización en la relación entre los ciudadanos y el Poder Judicial.

En todo esto, el rol de la formación y de la cultura será crucial. Según la *data journalist* española Cristina Suárez, especialista en el impacto social de las nuevas tecnologías, “en una realidad donde la tecnología es el eje conductor, es necesaria una educación digital que fortalezca la convivencia comunitaria y convierta al algoritmo en la herramienta definitiva para luchar contra la desigualdad. En este sentido, las humanidades son el vector educativo básico” (23).

XI. Conclusiones

Tomando en cuenta algunas directrices fundamentales del debate europeo actual hemos analizado los posibles impactos que

podría generar una justicia constantemente asistida por la inteligencia artificial y declinada según las múltiples dimensiones que los recursos digitales pueden ofrecer en la actualidad. En este marco, nos hemos preguntado si una amplia apertura al empleo de las herramientas proporcionadas por la IA resultaría compatible con la preservación de los principios éticos que la sociedad contemporánea considera imprescindibles en vista de la defensa de una serie de derechos humanos fundamentales, garantizando en particular el debido proceso.

Hemos podido relevar algunos indudables beneficios que la justicia digital y la inteligencia artificial han aportado y podrán seguir generando en un próximo futuro en términos de economía procesal, así como de rapidez y eficiencia de algunos procesos. Al mismo tiempo, es imposible negar que la aplicación de la IA a la administración judicial conlleva algunos fundamentales dilemas éticos e impone un suplemento de análisis sobre la oportunidad de aceptar un intercambio o soluciones de compromiso entre eficiencia y equidad.

De acuerdo con el análisis que hemos desarrollado, podríamos razonablemente afirmar que uno de los aspectos inderogables en una perspectiva de pleno respeto del debido proceso es la garantía que cualquier definición sobre un caso judicial sea tomada por un decisor humano, dando plena aplicación al principio de la libertad del juez de juzgar. En esta perspectiva resultará fundamental un desempeño constante por parte de las instituciones legislativas y gubernamentales en la tarea de definir, adoptar y actualizar conjuntos de normas regulatorias en el uso de la IA, para evitar que la elección de delegar a las máquinas un amplio espectro de decisiones humanas derive en una serie de situaciones potencialmente incontrolables y éticamente controvertidas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3011/2022

(19) ALMIRALL, E. - CORTÉS, U. (2021), “Ética e inteligencia artificial: ¿un mundo a dos velocidades?”, Revista Ethic, Madrid, <https://ethic.es/2021/06/etica-e-inteligencia-artificial-un-mundo-a-dos-velocidades/>, consultado el 04/09/2022.

(20) Comisión Europea (2021), Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y que modifica determinados actos legislativos de la Unión, COM/(2021)206

final, 5.2.4 “Obligaciones de transparencia para determinados sistemas de IA”.

(21) Un fuerte enfoque sobre el principio de transparencia como baluarte contra los riesgos de una aplicación inapropiada de la inteligencia artificial en el ámbito judicial se encuentra también en normas y pronunciamientos de organismos de control de algunos de los principales países europeos. A este propósito, resulta significativa una decisión del Consejo de Estado de Italia del 2019 (Sez. VI, 8.4.2019, n. 2270), que afirma la necesidad de poder co-

nocer el funcionamiento de los mecanismos que llevan a la formación de una determinación jurídica en todas las etapas del proceso, con el fin de garantizar el máximo nivel de transparencia. La decisión del Consejo de Estado es consultable en: <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/11/Consiglio-di-Stato-sez.-VI-8-aprile-2019-n.-2270.pdf>.

(22) ALMIRALL, E. - CORTÉS, U. (2021), ob. cit.

(23) SUÁREZ, C., “El tango entre la inteligencia artificial y las humanidades”, <https://ethic.es/2020/12/foro->

esade-el-tango-inteligencia-artificial-humanidades/, consultado el: 21/09/2021. En su reflexión sobre el impacto de la cultura humanista en los procesos aplicativos de la inteligencia artificial, la autora agrega que “Para que el sentido de la inteligencia artificial sea humano, necesitamos que conviva con la dimensión de lo público en lugar de centrarse únicamente en los intereses privados. Para ello es clave abrir la conversación a toda la sociedad, haciendo la teoría de este tipo de tecnología completamente inclusiva”.

Juan G. Pozzo

Viene de p. 1

I. Introducción

En el año 1987, con una computadora CZ Spectrum (1) inicié mis incipientes pasos en la informática y programación, pero lo más importante, jugué mi primer videojuego en computadora (el Saboteur!). No hubo vuelta atrás. Treinta y cinco años más tarde con un título de abogado, muchos años de trabajo, casado y con dos hijos, mientras el tiempo me lo permite continúo jugando casi a diario títulos como *Valorant*, *Call of Duty*, *Flight Simulator*, etc. Afortunadamente mi trabajo y especialidad en la abogacía lograron que me involucre en la industria de los videojuegos en varias oportunidades, pudiendo enriquecer mi mirada sobre una industria en constante evolución que tiene mucho por ofrecer.

Si bien existen más cuestiones legales que las que este artículo aborda, en esta oportunidad, mi objetivo es intentar señalar algunos asuntos legales del mundo de los videojuegos y de los *eSports* como fenómeno indiscutible de la industria del entretenimiento mundial. Para una mejor comprensión, en la primera parte abordaré en forma general cuestiones básicas de los videojuegos, y en la segunda, las de los *eSports* (denominados también como *e-Sports*, *Esports*, deportes electrónicos o ciberdeportes).

II. Primera Parte. Los videojuegos

II.1. Los videojuegos como objeto de protección del derecho de autor

Como abogados, lo primero que se nos viene a la cabeza cuando pensamos en la protección legal de los videojuegos son los derechos de autor. Y ello es correcto.

(2) “Los videojuegos son entendidos, básicamente, como software con características especiales” (RAMOS et al; 2013, p. 12).

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, WIPO por sus siglas en inglés) al definir el marco de protección legal de los videojuegos señala que es una obra compleja pero que es alcanzado por el art. 2º del Convenio de Berna. La complejidad de su protección se debe principalmente por su característica de obra compuesta: por *software* y elementos audiovisuales.

En algunos países, se considera a los videojuegos como obras de *software* mientras que en otros son considerados obras audiovisuales.

En Argentina los videojuegos suelen tener, en la doctrina mayoritaria, un abordaje más cercano al *software* con características especiales (2).

Sea cual fuere el caso, el derecho de autor debería alcanzar a proteger a los videojuegos como obras autónomas y originales por ser ellos el fruto de un proceso creativo y técnico, en conjunto con una multiplicidad de elementos diversos materializados por personas humanas.

Sin perjuicio de que las diferentes legislaciones no mencionen específicamente a los vi-

deojuegos como objeto de protección, por sus características intrínsecas, nada impide que tales obras sean protegidas. Es cierto que muchos componentes de los videojuegos pueden lograr cierta autonomía en la protección, por ejemplo, la música o *soundtrack* de un videojuego tiene entidad propia y es susceptible de protección en forma separada del videojuego. Sin embargo, la inclusión de una obra musical en el contexto de un videojuego no imposibilita que ambos (el videojuego y su música) se conviertan en un todo perfecta y completamente protegible. Esto sería aplicable para cualquier otro componente del videojuego, tal como el motor gráfico (*software*), su interface gráfica, el guion o historia, su estética, su mecánica o reglas, los personajes, etc.

Muchos autores destacan el carácter interactivo de los videojuegos a la hora de establecer su alcance y protección legal y así considerar a los videojuegos como un *software*. A mi juicio, nada de la interactividad del videojuego aporta elementos suficientes que ayuden a determinar su ubicuidad legal simplemente como *software*. La interactividad del *gamer* con el videojuego es parte de la naturaleza de este, pero no es *per se* una característica que define su esencia como obra protegible. Si

bien es cierto que la interactividad del videojuego es el resultado esperado de este como consecuencia de la creación del *software* y sus dos componentes troncales, el código objeto y el código fuente, dicha circunstancia no convierte al videojuego únicamente en un *software*. Dicha postura implicaría endilgarle, por ejemplo, a una película musical el carácter de obra musical (como un fonograma), solo por el hecho de que esté compuesta mayormente por varios fonogramas sincronizados con las imágenes. La música en las películas musicales es lo que se espera de ellas, es su naturaleza, pero las obras que las contienen no dejan de ser películas. Pasado en lenguaje llano, la interactividad como característica común y habitual de los videojuegos, provista por el *software*, es lo que se espera de ellos, pero no convierte al videojuego únicamente en un *software*.

Continúa el debate en varios países sobre si los videojuegos son obras autónomas susceptibles de ser protegidas como tales, o bien son obras cinematográficas o multimediales. Veamos:

Un videojuego posee en general características similares, en su estructura legal y comercial, a las de una obra cinematográfica. La multiplicidad de autores que colaboran en un videojuego no es, en general, muy diferente a los que colaboran actualmente en las películas. La participación de un *publisher* o editor en el caso de los videojuegos tiene características similares a las del productor en la industria del cine. En ambos casos hay productores ejecutivos, productores artísticos, directores, guionistas, doblajistas, actores, dibujantes, etc.

Como señalé anteriormente, la interactividad de los videojuegos con los usuarios o *gamers*, a diferencia del común de las películas (3) con su audiencia, en nada aporta al debate. Por lo tanto, aún ante la falta de legislación específica, por la vía jurisprudencial el efecto protectorio debería ser el mismo. Incluso, hasta los plazos de protección, atendiendo a los principios *pro auctore* de la mayoría de las legislaciones, podrían ser los mismos, similares o incluso, mejores.

En ese aspecto es interesante el caso de Japón, que si bien en su legislación (4) no menciona a los videojuegos (Nótese que Japón es precursora en la industria mundial de videojuegos junto con los Estados Unidos), su Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha señalado que estos tienen una forma de expresión similar a la de las obras cinematográficas aun cuando puedan ser protegidos como programas informáticos.

Estados Unidos tampoco posee una mención específica en su legislación (5) sobre los videojuegos. Sin embargo, en la práctica, en cuanto a su registro ante la United States Copyright Office (USCO) (6) estos pueden registrarse como obra audiovisual o como programa informático dependiendo de los componentes creativos predominantes del videojuego en la medida en que sea original. En este caso, la posición norteamericana es más abierta en el sentido en que delega en la carga de elementos predominantes la consideración sobre el tipo de obra a la cual será asimilado un videojuego. De todas formas, también en la práctica, respecto de la titularidad de los derechos sobre los videojuegos, tal como sucede en los casos de las películas con el productor, el editor (*publisher*) será quien tendrá a su favor tales derechos, salvo pacto en contrario con desarrolladores y otros colaboradores.

Es interesante la postura norteamericana, puesto que por ejemplo y por citar a uno de los miles que existen hoy en día, en videojuegos como la saga *The Last of Us* (7) en donde hay una mayor predominancia de la historia (el guión), de los caracteres de los personajes, y de la *interface* gráfica del juego (casi una película) es lógico que tal videojuego sea considerado más una obra audiovisual que un programa informático.

Los sistemas como el de Japón o Estados Unidos, (así como también países como Alemania, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Egipto, Francia, India, Sudáfrica y Suecia) son los que se denominan de “clasificación distributiva” en tanto, por su consideración como tipo de obra, otorga protección por separado a cada elemento creativo del videojuego con arreglo a su naturaleza específica (8).

Argentina, por su parte, si bien no posee definida la cuestión en materia de derecho de fondo, y aun cuando la doctrina se vuelca más a asimilar los videojuegos al *software*, desde el punto de vista registral al menos, prevé la presentación (depósito) de obras en la categoría específica de videojuegos (9).

Ahora bien, sin perjuicio de considerar a un videojuego como una obra audiovisual o cinematográfica a los efectos de establecer los parámetros para su protección, es importante no dejar de lado sus otros componentes como el *software*.

Para ejemplificar esto podríamos tomar el caso del *Unreal Engine*, el motor gráfico (*software* para la creación gráfico-ambiental de videojuegos) del juego UNREAL (10) de 1998. Dicho juego (el UNREAL) si bien era un juego de disparos en primera persona (FPS o *First Person Shooter*) ambientado en un escenario interplanetario y distópico, por su dinámica, cinemáticas y demás características (que en su época eran destacables) podría de alguna manera haberse considerado, a los efectos de su clasificación legal, como una obra audiovisual (11). Sin embargo, el motor gráfico UNREAL es hoy en día, y luego de varias actualizaciones, uno de los motores gráficos más utilizados en la industria de los videojuegos e incluso en obras cinematográficas en donde se requieren efectos especiales digitales tales como *El Rey León* (*The Lion King*, 2019) o series como *The Mandalorian* o *Westworld*.

En este caso vemos cómo un componente importante de los videojuegos, en este caso parte de su *software*, excede su marco natural y logra autonomía propia desde el punto de vista operativo al igual que lo que sucede con la música o *soundtrack* antes mencionados.

Sin dudas, el videojuego es una obra compuesta, formada por obras cuya protección puede ser autónoma dotándolo de un dinamismo propio y particular que excede el marco específico de cualquier otro tipo de obra artística con la que se lo compare o asimile y no puede estar exento de protección adecuada. El hecho de que sus componentes principales puedan ser dotados de protección por separado no obsta a que el videojuego como un todo creativo merezca su protección completa en dicho sentido.

Como puede observarse a partir de los ejemplos brindados, es imperioso considerar que los videojuegos posean un régimen legal específico dentro del ámbito del derecho de autor. Pues no son películas, ni son *software*, son todo ello y mucho más. En este sentido, y atendiendo al intenso desarrollo de la indus-

tria y los mercados mundiales de videojuegos de las últimas décadas, es necesario que las legislaciones incorporen como obra autónoma y originaria a los videojuegos de manera de zanjar las cuestiones de interpretación respecto a su alcance, tipo y protección como elemento protegible por el derecho de autor.

II.2. Autoría y titularidad

Habiendo establecido que la protección legal del videojuego se dará por la vía del derecho de autor, es importante determinar qué dinámica se aplica en este sistema legal respecto de las prácticas habituales de la industria de los videojuegos.

Dentro del sistema continental del derecho de autor, al cual pertenecen casi la totalidad de los países de Latinoamérica y de Europa, el derecho nace con la creación de la obra y en cabeza del autor debiendo ser este una persona humana. Esto es razonable si se entiende por obra al fruto materializado de la actividad creativa del ser humano, de su intelecto. En consecuencia, no es posible que una obra se origine (la idea y su posterior materialización) en una persona jurídica, una empresa.

De esta manera, en principio, el derecho de autor nace en cabeza de personas físicas que serán las “creadoras” del videojuego.

Sin perjuicio de que una persona física (humana) podrá desarrollar, publicar, distribuir y en definitiva realizar cualquier acto de disposición (explotación) del videojuego que ella produzca (y eso ocurre en algunos casos de los denominados *desarrolladores Indies*, tal como veremos más adelante), en mayor medida son las compañías (personas jurídicas) las que lo hacen en la industria de los videojuegos.

Para que ello sea posible, y que los derechos (al menos los patrimoniales) queden en cabeza de estas empresas es necesario que el sistema legal de protección de obras como los videojuegos acompañe tal conducta.

En Argentina, en el inc. d) del art. 4º de la ley 11.723, se establece que la titularidad de una obra será de la persona física (humana) o jurídica (empresa) cuyos contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario. Si bien este inciso fue agregado a mediados de los años 90 por ley 25.036 y específicamente para el *software*, puede resultar aplicable a un videojuego, al menos en gran parte.

Como complemento, la ley laboral argentina 20.744, establece en su art. 82 en su segundo párrafo, que *las invenciones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o de experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados, son propiedad del empleador. Son igualmente de su propiedad las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones que se obtengan habiendo sido el trabajador contratado con tal objeto.*

A todo ello, atendiendo a los principios legales de *autonomía de la voluntad y libertad de comercio*, podemos adicionar que cualquier persona física o jurídica podrá, por acuerdo privado, solicitar y contratar a diversas personas físicas o jurídicas para su participación y colaboración en la producción de una obra, reteniendo la *titularidad* de esta. Dicha práctica resulta posible bajo esquemas contractua-

les tales como el de *work made for hire* como es el caso de los Estados Unidos, o de manera similar en Argentina y otros países bajo las figuras contractuales como la *locación de obra o locación de servicios*. Sobre este esquema contractual recae además lo que podemos denominar *cadena de títulos* o cadena de derechos en directa alusión a la doctrina anglosajona del *chain of title*, sobre la cual se establece la arquitectura legal en cuanto a la transferencia de propiedad y propiedad intelectual de todos los componentes de los videojuegos (desarrollados e implementados por diferentes personas) en cabeza de su titular.

Ello, sin perjuicio de los derechos morales (por ejemplo, paternidad, divulgación e integridad de la obra) que quedarán reservados a los diferentes colaboradores en la medida que corresponda. Sobre el tema de los derechos morales, no juzgo necesario el análisis puesto que en cada legislación se abordan de manera diferente. No obstante, no deja de ser un punto para atender conforme las prácticas habituales de la industria. En países como Argentina los derechos morales son, al menos, irrenunciables, inalienables e intransferibles de manera que toda disposición contractual que implique una cesión o renuncia sobre estos puede juzgarse nula de nulidad absoluta. En la práctica, al menos en la industria cinematográfica y también en la de videojuegos, el derecho de paternidad vinculado a los aportes de los distintos colaboradores suele verse reconocido en los créditos de estos y dicha circunstancia, en la mayoría de los casos, es fruto de una obligación contractual asumida como recaudo por los editores (*publishers*) o desarrolladores titulares frente a los diferentes colaboradores (personas físicas) que participaron de la creación del videojuego, independientemente de la vinculación contractual que posean con cada uno de ellos.

Volviendo a la titularidad de los derechos de explotación comercial sobre los videojuegos, y para comprender mejor cómo se estructura la industria, es conveniente identificar a los actores más importantes y determinar su ámbito de actuación, no solo en el proceso de creación del videojuego sino en su participación en el mercado.

Una de las características de la industria del videojuego es el gran desorden de participantes en la cadena de comercialización. Las grandes empresas, lógicamente, tienden a acaparar la mayor cantidad de eslabones que pueden, en la medida en que ello les resulte posible, y sobre todo, rentable. Muchas veces quien desarrolla el videojuego (desarrollador) no lo comercializa en el mercado, sino que lo hace por pedido de o a través de un editor o *publisher*. Usualmente se tiende a confundir ambas figuras. Esto sucede con los diferentes colaboradores que participan en el proceso creativo. Por ello para comprender claramente la cadena de derechos que se generan en el proceso de creación de un videojuego resulta práctico conocer quién es quién y qué hacen. A tal fin, propongo el siguiente listado con sus principales protagonistas:

Publisher (o editor): Usualmente tiende a confundirse al *publisher* con el *Desarrollador* o incluso con las *Plataformas de Distribución* de videojuegos. La figura del *publisher* es compleja puesto que es comúnmente asociado a un editor pero que, a su vez, actúa como productor (tal como ocurre en la industria cinematográfica). Si bien muchos *publishers* desarrollan sus propios videojuegos o tienen sus propias compañías o divisiones desarrolladoras como parte de su mismo grupo

(3) De hecho actualmente existen obras cinematográficas (series y películas) interactivas, tales como *Black Mirror: Bandersnatch*, *El Gato con Botas: Atrapado en un cuento épico*, *Carmen San Diego: ¿Robar o no robar?* (Netflix), entre muchas otras, y ninguna de ellas es considerada *software*, ni, incluso, videojuegos.

(4) Ley 48 (1970).

(5) US Copyright Act (1978), solo hace mención de los “juegos” sin hacer distinciones.

(6) *United States Copyright Office*.

(7) Sony Computer Entertainment (publisher) Naughty Dog (Developer) <https://www.youtube.com/watch?v=W01L70IGBgE>.

(8) “¿Videojuegos: ¿programas informáticos u obras

creativas?” *Andy Ramos Gil de la Haza, Bardají & Honrado, Abogados, Madrid España, agosto 2014.*

(9) <https://www.argentina.gob.ar/inscribir-un-contrato-sobre-software-obra-multimedia-pagina-web-o-videojuego>.

(10) Epic Games, Inc. (Antes Epic Megagames, Inc.) Publicado y distribuido por GT Interactive Software Corp.

(11) Para 1998, la cinemática y gráfica de los videojuegos no era de buena calidad respecto de los estándares actuales o más contemporáneos. Las imágenes eran pixeladas o desdibujadas y el cambio entre la gráfica de juegos como *Duke Nukem 3D* (1996, *3D Realms*) en comparación con el *Unreal* era notable.

económico, en la mayoría de los casos suelen contratar con *desarrolladores* (empresas) la creación de los videojuegos. Las actividades principales de los *publishers* son las de *marketing*, venta y relaciones públicas en el mercado de los videojuegos. Suelen ser los propietarios de los derechos de explotación de los videojuegos (derechos patrimoniales). Entre los *publishers* más reconocidos encontramos a EA, Sony Interactive Entertainment, Tencent Games (China), Apple, Microsoft, Activision Publishing Inc (parte del *holding* Activision Blizzard), Google, Nintendo, Konami, Capcom, Sega, etc.

Desarrollador (Developer): Es quien se encarga del proceso creativo para la elaboración del videojuego. Usualmente son compañías que integran diversas disciplinas tales como programación de *software*, diseño de *software*, arte digital, fotografía, testeo, etc. Pueden ser independientes o bien proveer sus servicios de desarrollo (integral o parcial) para otras empresas, usualmente *publishers*. Incluso, pueden ser una división más vinculada a los *publishers*. En muchos casos, son los *desarrolladores* quienes se encargan además de contratar la participación de colaboradores tales como, los diseñadores del arte, el diseño del *software*, la redacción de los guiones, los actores y doblajistas, la música o *soundtrack* original, y demás aportes técnicos y artísticos que completan la obra del videojuego. Estas actividades, nada menores, por cierto, suelen quedar englobadas dentro de la etapa del desarrollo del videojuego y constituyen gran parte del proceso creativo de este.

Como ejemplos de desarrolladoras de videojuegos reconocidas en el mercado podemos mencionar: Treyarch (adquirida por Activision Publishing Inc), Sledgehammer Games Inc, (también adquirida por Activision), Riot Games Inc. (adquirida por la china Tencent Holdings Ltd), Relic Entertainment (adquirida por Sega), Mercury Steam, IO Interactive, Harmonix Music Systems, Gaijin Entertainment, Epic Games, Inc., Valve Corporation, Infinity Ward, entre muchos otros.

Varios de ellos, además, son a la vez, *publishers* y *distribuidores* de sus propios desarrollos.

Pero dependiendo del grado de involucramiento que los *developers* tengan en su actividad de desarrollo en el mercado y de su vinculación legal y económica con, por ejemplo, los *publishers*, dentro del género de los *desarrolladores* podemos identificar los siguientes tipos:

Desarrolladores de Primera (First Party Developers): Es la empresa desarrolladora de videojuegos que es parte de otra compañía que es propietaria de un determinado tipo de consola o plataforma (por ejemplo, PlayStation, Xbox, Nintendo Wii, Mac, iOS, Android, Windows, etc.) y desarrolla el videojuego exclusivamente para dicha plataforma. Las principales propietarias de consolas (o *publishers*) suelen adquirir a más de un desarrollador de primera y convertirlos en una división más dentro de la compañía.

Todos los derechos derivados del desarrollo pertenecen a los *publishers* o propietarias de las consolas y plataformas que las hayan adquirido.

Algunos ejemplos: De Sony: Guerrilla Games, Naughty Dog, etc.; De Nintendo: 1-UP Studio, Next Level Games, etc.; de Microsoft: Xbox Game Studios Publishing, Bethesda Softworks, Obsidian Entertainment, Playground Games, etc.

Desarrollador de Segunda (Second Party Developers): También denominado desarrollador secundario. Son una especie *sui generis*

y la conforman empresas que desarrollan en forma *exclusiva* para las propietarias de consolas y plataformas (o *publishers*) pero que no están vinculadas económicamente a ellas. En muchos casos las propietarias de consolas poseen alguna participación accionaria sobre las desarrolladoras, pero carecen de control sobre estas. Sin embargo, los derechos sobre el desarrollo pertenecen en todo momento a las propietarias de consolas y plataformas o *publisher* con quienes contratan.

Algunos ejemplos: De Sony: Kojima Productions, Supermassive Games o Ready at Dawn Studios, entre otras. De Nintendo: Game Freak, Intelligent Systems o Alpha-Dream, entre otras. De Microsoft: Moon Studios, Ankama Games o Iron Galaxy Studios, entre otras.

Desarrollador de Tercera (Third Party Developers): También denominados *terceros desarrolladores* (no los denominé independientes debido a que esta es otra categoría como veremos más adelante), son aquellos que desarrollan *software* y videojuegos para terceros, pero *no en exclusiva* y sin tener ningún vínculo accionario con tales terceros. Incluso, pueden desarrollar y publicar sus propios videojuegos o bien pueden contratar con *publishers* para lograr el desarrollo y distribución conjunta de este. En este último caso, una vez que el desarrollo es finalizado (aun cuando sea por etapas o hitos) y entregado al *publisher* la propiedad de este pertenecerá a la empresa o *publisher* que la haya contratado. En dicha dinámica no siempre los intereses de *publishers* y terceros desarrolladores se encuentran alineados y este tipo de relaciones comerciales suelen ser bastante desiguales puesto que, en muchos casos el *publisher* es varias veces más poderoso en términos económicos y de mercado que el tercero desarrollador, provocando que la toma de decisiones de este último suela verse dominada por su contraparte. Habitualmente, una salida exitosa del negocio de los *third party developers* es que el *publisher* que haya contratado al *third party developer* adquiera su compañía y transforme a su equipo en el equipo interno (*in-house developers*). Más allá del negocio en sí, el equipo de desarrollo tenderá a verse con mayor libertad de acción en su actividad puesto que los intereses tanto de los desarrolladores como de la empresa se verán ahora mayormente alineados.

Sin embargo, existen numerosos casos de *third party developers* que han ganado notoriedad y envergadura en la industria y que, incluso, actúan a la vez como sus propios *publishers*. Algunos ejemplos son: Ubisoft Entertainment, Capcom, Konami, Namco, Square Enix, Take-Two Interactive, entre otros.

Desarrolladores Independientes (Indie Game Developers): Los *Indies* son desarrolladores que no poseen ningún vínculo con *publishers* o empresas propietarias de plataformas y consolas. En muchos casos el equipo de desarrollo se trata solamente de una sola persona o dos. Suelen desarrollar casi todo el videojuego por sus propios medios e incluso publican y distribuyen el mismo con sus propios recursos. En este tipo de desarrolladores, pueden encontrarse casos de *outsourcing* para ciertos elementos del videojuego que no puede ser desarrollado por el desarrollador principal. Aun así, no deja de ser un desarrollador independiente. La diferencia principal entre el *third party developer* y el *Indie* podría radicar en que mientras el primero recurre a un *publisher* o se convierte en uno para la comercialización de su videojuego, el segundo deberá recurrir a sus propios medios (incluso a los de los propios usuarios finales) para poder publicar, distribuir y comercializar su obra. Los métodos de financiamiento de un desarrollador *Indie* pueden ser desde el *crowd-founding*

hasta un esquema de *Early Access*. En muchos casos, los *Indies* suelen recurrir a plataformas de distribución (a las que me refiero más adelante) para lograr un mayor alcance en sus ventas. Más allá del éxito o fracaso del modelo de negocios que implemente el *Indie*, la propiedad y propiedad intelectual del videojuego le pertenecerá completamente a este, y con ello los beneficios económicos (si los hubiere) de su explotación comercial.

Distribuidor (Distributor): A los efectos prácticos voy a descartar el análisis sobre la distribución física de videojuegos, dado que es una práctica casi extinguida o de nicho muy particular con muy baja incidencia en el mercado actual y enfocarme en la distribución digital. En este aspecto, la forma más habitual de distribución digital de videojuegos es a través de las denominadas *plataformas de distribución*. Estas plataformas son las encargadas de centralizar un universo determinado de videojuegos (y otros contenidos relacionados) a los fines de facilitarle al *usuario final* la búsqueda y el acceso a los videojuegos ofrecidos. Las plataformas son operadas por diferentes compañías (en algunos casos por los propios *publishers* y desarrolladores y en otros por compañías no vinculadas a ellos). Entre los diferentes tipos de plataformas de distribución, podemos encontrar:

Plataformas de Consolas: Microsoft Store (Xbox), Nintendo eShop y PlayStation Store.

Plataformas Mobile: Amazon Appstore, Apple App Store, Google Play, entre otras.

Plataformas para PC: Steam, Origin, Epic Games Store, Riot Games, Gamersgate, entre otras.

En casos como Microsoft, Google y Apple, por ejemplo, es frecuente que muchos videojuegos (no todos) sean multiplataforma, es decir, videojuegos adaptados en su desarrollo para que puedan correr tanto en teléfonos móviles, *tablets*, computadoras y consolas específicas. Es por ello por lo que sus *plataformas de distribución* suelen ser accesibles también desde cada tipo de dispositivo soportado por esos videojuegos.

El distribuidor es un eslabón más en la cadena de comercialización de los videojuegos. Es por ello por lo que, en muchos casos, los esquemas de participación sobre las ventas de cada videojuego se van a adaptar a tantas partes como participen. Y claro está, ello podrá incidir en el costo que significará para el *usuario final* el acceso al videojuego. Muchos *developers* y *publishers* por ejemplo, optan por distribuir sus videojuegos desde su propia plataforma. Tales son los casos de Epic Games, Origin (EA), Battle.net (Activision Blizzard) y Riot Games, cuyos videojuegos para PC serán accesibles desde ellas. En algunos casos, en forma exclusiva (es decir excluyendo a plataformas más generalistas como *Steam* y *Gamersgate*) y en otros asumiendo una distribución múltiple con otros distribuidores.

En cuanto a las plataformas generalistas, como *Steam*, estas suelen ofrecer un catálogo de videojuegos de diferentes *publishers* o *desarrolladores* más diverso y amplio que las plataformas de distribución privativas antes mencionadas. En algunos casos actúan como “curadores” de los videojuegos que distribuyen. Esto otorga una ventaja al *usuario final* toda vez que se verá beneficiado, entre otras cosas, por la variedad en la oferta y la posibilidad de buscar videojuegos (a través de sus motores de búsqueda propios) de acuerdo con sus necesidades. A ello podemos agregar, diferentes esquemas comerciales tales como campañas de descuentos u ofertas especiales dependiendo el caso. De esta manera, constituyen una forma de darle visibilidad también a los videojuegos de *desarrolladores Indies*.

Usuario final (End User): Como su nombre lo indica, es el eslabón final de la cadena.

Pero no por ello es menos importante. En definitiva, es a quien está dirigido el negocio de los videojuegos, quien va a utilizarlos y quien va a pagar por ellos. La relación con el *Usuario Final* será establecida bajo las normas de consumo y este adquirirá una licencia de uso (de usuario final o EULA (12) por sus siglas en inglés) de cada videojuego que adquiera. La licencia de usuario final o EULA, además de contener las provisiones típicas y generales en cuanto a los límites de uso, comercialización, no-acceso al código fuente y otros elementos, respeto por la propiedad intelectual del contenido y demás, fijará condiciones especiales de uso de los videojuegos. Esto es importante no solo en lo que respecta al uso privado de un usuario sino también en lo que respecta a la utilización de videojuegos en certámenes públicos o torneos de *eSports*, su transmisión o reproducción en línea, etc.

De lo analizado hasta aquí, se puede concluir que, en la industria de los videojuegos, la titularidad de estos dependerá del esquema en el que la obra se encuentre desde su creación. Como vimos, un *publisher* o un *developer* pueden ser titulares (o ambos cotitulares en algunos casos) de videojuegos y de sus derechos de explotación, siendo ambos participantes completamente diferentes en la cadena comercial.

En síntesis, el mercado de los videojuegos es complejo y se encuentra en constante evolución. Los procesos creativos iniciales se extienden a lo largo del tiempo y son atravesados, en muchos casos, por la multiplicidad de participantes de la cadena de comercio hasta que el videojuego se encuentra descargado e instalado en el dispositivo del *Usuario Final*. Es por ello por lo que desde el inicio deben tenerse en cuenta, sobre todo desde el punto de vista contractual, todos y cada uno de los escenarios posibles que pueden ocurrir durante el proceso de creación y desarrollo del videojuego, intentando dar mayor seguridad a quienes resulten ser los legítimos titulares de sus derechos de explotación.

II.3. La protección marcaría

Otros activos que componen a los videojuegos pueden encontrar su protección en figuras legales distintas al derecho de autor. El caso de las marcas es uno de ellos.

Si bien los títulos de los videojuegos encuentran su protección primaria en el derecho de autor como parte esencial de la obra, no dejan de ser signos distintivos susceptibles de ser protegidos como marcas. Y no es un tema menor.

En un reciente caso, la compañía *holding* del grupo británico de Heavy Metal Iron Maiden (Iron Maiden Holdings Limited), demandó en los Estados Unidos y por dos millones de dólares a la compañía de videojuegos 3D Realms solicitando el cese de uso de la marca del videojuego “Iron Maiden”. La demandada optó por cambiarlo a “Iron Fury” poco tiempo después (13). Luego del cambio de nombre, Iron Maiden decidió retirar su demanda.

El derecho marcarío ofrece, desde el punto de vista práctico, tres vías de solución: a) Proteger los signos distintivos del videojuego (títulos, logotipos, isotipos, personajes, etc.); b) Evitar vulnerar derechos de terceros en su búsqueda previa; y c) Proteger al *Usuario Final* o consumidor de engaños o confusiones respecto del producto (videojuego) que adquiere. Es por ello por lo que no debe perderse de vista a este tipo de protección legal a la hora de crear signos distintivos que identifiquen al videojuego dentro del mercado.

Incluso, existen casos de marcas *propias* (más allá del título del videojuego) dentro de los videojuegos que pueden encontrar su protección debida desde el punto de vista legal para convertirse posteriormente en productos independientes del videojuego.

(12) End User License Agreement (EULA).

(13) “Iron Maiden Holdings Ltd. v. 3D Realms Entertainment ApS” Demanda presentada en mayo 28 de

2019 en el Corte del Distrito Central de California, Estados Unidos, Caso N° 2:2019cv04606.

Para explicarlo mejor, podemos tomar el caso de la saga de videojuegos "Fallout" (14) de la Empresa Bethesda Softworks, quien ha registrado la marca de la reconocida gaseosa (dentro del juego, claro) "Nuka-Cola". Quienes jugamos Fallout sabemos el valor que dicha marca tiene respecto de la identificación con el mencionado videojuego y su historia dentro de este. De acuerdo con lo indicado por los representantes de Bethesda, la marca "Nuka-Cola" fue solicitada (15) en los Estados Unidos para proteger videojuegos en línea, *merchandising* y *software* para móviles. Lo mismo hizo en varios, países, incluso en la Argentina (16).

Pero existe otro lado no menos atendible del derecho marcario que es importante tener presente en el mundo de los videojuegos. El uso de marcas de terceros dentro del videojuego.

Es muy habitual que, en varios videojuegos, dependiendo de su género y temática, se recurra al uso de productos y marcas ajenas con el objeto de dotar, aun con un sentido artístico, de mayor realismo a sus historias. En muchos casos, existen licencias de tales terceros (similares a los esquemas de *product placement* utilizados en la industria del cine), pero en muchos otros, no las hay. Sin embargo, esta situación ha generado distintos escenarios en diversas jurisdicciones que resultan interesantes para su análisis.

Por ejemplo, en el caso del videojuego FIFA (17) los equipos (clubes) de fútbol participantes han otorgado sus debidas licencias de uso de nombres, colores, camisetas y logotipos, así como los organizadores de los torneos, tal como es el caso de FIFA, UEFA, etc. que han hecho lo propio en ese sentido. Pero esto es algo que, a uno de sus competidores directos, el videojuego Pro Evolution Soccer (PES) (18) no siempre le ha salido bien. Este último hasta hace poco tiempo ha tenido que utilizar el nombre "Man Red" para identificar al Equipo Manchester United debido a que no tenía licencia para su uso, aunque, por otro lado, el equipo italiano Juventus le ha otorgado en exclusiva el uso de sus marcas, dejando al FIFA sin poder usarlo (19). En el año 2019, Konami finalmente logró acordar con el Manchester United y agregar dicho equipo a su videojuego más reciente. Sin embargo, el contrato con el Liverpool (Liverpool FC) terminó y hasta la fecha no ha sido renovado.

Distinto es el caso del videojuego Football Manager creado por Sports Interactive y publicado por Sega (20). Los comienzos del Football Manager se remontan al año 1992. En ese entonces su nombre era Championship Manager y su cambio de nombre se debió a una disputa entre Sports Interactive y Eidos Interactive, su *publisher* originario, quien reclamó la titularidad de la marca. Sports Interactive, de todas formas, retuvo el resto del *software* incluyendo su motor. No obstante, el *quid* del caso no es ese, sino el hecho de que los titulares de dicho videojuego, en más de 30 años, no han celebrado (ni pagado por supuesto) una sola licencia de marcas respecto del uso que se hizo (y se hace) de los clubes de fútbol de todo el mundo. No obstante, dicha situación, y repito, luego de casi 30 años de uso, Manchester United FC en agosto de 2018 demandó ante el Tribunal Superior de Justicia (21) de Inglaterra y Gales a SEGA y a Sports Interactive por el uso indebido del nombre del

Club, por un lado, y al mismo tiempo reclamó que no utilizó el escudo en forma debida. El novedoso (por llamarlo de alguna manera) argumento del Manchester United se basa en el hecho, según el club, de que los responsables del videojuego en lugar de usar el escudo original lo reemplazaron por un logo de tiras rojas y blancas. En otras palabras, acusan a los responsables del videojuego de "usar" el nombre del club, pero al mismo tiempo de "no usar" su escudo correspondiente. Sin perjuicio de lo llamativo, es probable que esa parte del reclamo se encuentre basada en casos similares de la Corte de Justicia Europea respecto de la remoción de logotipos en productos (22). En consecuencia podría interpretarse que el acto de "remover" el escudo del club de fútbol, merecería ser tenido en consideración en materia de infracción marcaria. A mi juicio, no estaría tan seguro de que haya existido un acto de "remoción" del escudo, sino la simple y directa "no inclusión" de este, lo que parecería ser el escenario más adecuado. Además, tampoco se trata aquí, de la remoción de un logo o marca existente en un producto del titular marcario sino en un videojuego que, claramente, no le pertenece. De todas formas, el caso sigue en proceso sin que se tengan novedades sobre su posible resolución hasta el momento.

Otro caso interesante, esta vez en Estados Unidos, es el de Am General LLC contra Activision (23). Activision Blizzard Inc, es la responsable de la mundialmente conocida saga de videojuegos Call of Duty, videojuegos del género bélico y del tipo FPS (*First Person Shooter*). Am General, acusó a Activision por el uso indebido de sus marcas "HUMVEE" y "HMMWV" del famoso vehículo HUMMER al que le da su nombre y es su fabricante. Dicho vehículo, que es usado por las fuerzas armadas estadounidenses, fue incluido por Activision en al menos nueve juegos de la Serie Call Of Duty y en algunos casos hasta mencionados en los diálogos del juego. Claramente, Activision no había celebrado ningún acuerdo de licencia con Am General, lo que provocó el conflicto.

Sorprendentemente y amparándose en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, la Corte de Nueva York sentenció a favor de Activision señalando que tanto los videojuegos como las películas y programas de televisión pueden emitir marcas [de terceros] sin infringir los derechos de sus titulares, incluso señalando que *aunque podría haber sido metafísicamente posible para Activision haber producido videojuegos sin la presencia de Humvees, estos incrementaron el sentido del realismo cumpliendo un propósito genuino*. Desestimando la demanda de Am General, la Corte sostuvo que el creador del videojuego Call Of Duty tenía el derecho de usar vehículos militares reconocidos en la vida real en una obra expresiva enfocada en escenarios bélicos realistas.

En este caso en particular, lo que la Corte norteamericana hizo fue optar por dar predominancia a la "libertad de expresión", basado, como señalé anteriormente, en la primera enmienda constitucional de dicho país, aplicando además lo que se denomina en la doctrina norteamericana el *Test de Rogers* (24) por el cual el uso de una marca [ajena] en una obra artística solo es reprochable si: a) No dota de

relevancia artística a la obra que la contiene; o b) Es explícitamente engañoso respecto de la fuente (origen podría ser una más adecuada traducción) o contenido de la obra. Podemos entonces asumir, que en el caso de Activision la corte entendió que el uso no era engañoso (por ejemplo, no hacía creer a los jugadores que el videojuego Call of Duty estaba auspiciado por la marca Humvee) y por el contrario, le otorgaba un tenor realista en tanto dicho efecto era el necesario para el contexto artístico del videojuego (25).

Como puede observarse, en cada caso planteado las conclusiones son diferentes sea por la jurisdicción y ley aplicables o bien por el tipo de uso de las marcas en cuestión. Lo cierto es que, en materia de videojuegos, así como en cualquier otro medio de expresión artística, el uso de marcas ajenas debería ser cauteloso. En sentido estricto, a los fines de obtener un mayor grado de certeza y seguridad jurídica es razonable solicitar licencias de uso de marcas a terceros. Del mismo modo, es de vital importancia proteger los signos distintivos del videojuego al amparo del sistema marcario no solo a los efectos de repeler usos no autorizados sino también para otorgarle mayor valor a los activos que componen la obra artística.

II.4. Derechos de Imagen de terceros

La mayoría de los países protegen el derecho a la propia imagen o imagen personal (e incluso su voz) de las personas humanas en sus legislaciones. No hay duda de que tanto la imagen como la voz son elementos que identifican a una persona y le dan su carácter individual constituyendo ello un derecho intrínseco que debe ser protegido.

En el caso de Argentina, por ejemplo, encontramos una triple protección legal del derecho de imagen, emanados del Código Civil y Comercial (26), en la Ley de Propiedad Intelectual (27) y en la Ley de Protección de los Datos Personales (28). Sin detenerme en un análisis jurídico de dicho instituto, pues hay numerosa doctrina al respecto, adelanto que su protección como derecho es a esta altura indiscutible y merece ser tenida en cuenta a la hora de analizar su impacto sobre los videojuegos.

A diferencia de otras obras audiovisuales, tal como sucede en el cine por ejemplo en donde a partir de imágenes fijas o en movimiento pueden captarse la imagen real, la imagen de una persona en un videojuego puede ser fruto de la creación técnico-artística de los desarrolladores o diseñadores a través de medios tecnológicos como el *software* y *hardware* de diseño y no implicar necesariamente la captación de la imagen real de la persona de la que se trata. No obstante, dicha creación, llamémosla digital, contendrá igualmente los rasgos físicos característicos que identifican a una persona determinada. La sola identificación de una persona a través de sus rasgos característicos generados por medios digitales es suficiente para determinar el alcance del derecho a su propia imagen.

En consecuencia, la generación de imágenes digitales (incluyendo su voz) de una persona específica por técnicas particulares, tales como vemos en tecnologías aplicadas como CGI (29) o incluso en los *deepfakes*, pueden

ser alcanzadas por el derecho a la propia imagen y voz de la persona digitalmente retratada.

Queda claro entonces que para la inclusión de imágenes personales de personas reales es necesario su consentimiento expreso el que puede ser materializado a través de un contrato específico. Al respecto se pueden encontrar casos como el de Lionel Messi en el Juego FIFA (30) de EA Sports, en donde no solo dentro del juego aparece su imagen caracterizada en uno de los jugadores, sino que además aparece en la portada comercial de este, la que es explotada a los efectos de su difusión publicitaria.

Algunos países, incluso, van un paso más allá protegiendo la *identidad* de personas reconocidas públicamente, salvaguardando aquellos elementos que la caracterizan en su actividad profesional o artística y que tienen un alcance más abarcativo que solo la imagen física o su voz.

Estados Unidos, por ejemplo, contempla la figura del *Right of Publicity* (31) como conexas al derecho de autor y que tiende a proteger los elementos de la *personalidad* de personas reconocidas. Entre esos elementos, además de su voz y su rostro, podemos encontrar su forma de hablar, sus frases, su forma de vestir, apariencia, etc., vinculados a la actividad profesional o artística que desempeñan habitualmente.

Un caso que refleja claramente en los videojuegos el *right of publicity* fue el reclamo que la banda de rock norteamericana No Doubt inició contra Activision Publishing, Inc. (32) en el año 2011, por incumplimiento contractual respecto del videojuego Band Hero. En resumen, el reclamo del conjunto musical consistió en señalar que Activision se excedió en los derechos otorgados en el contrato que los vinculaba. En el juego Band Hero se ofrecía la posibilidad a los jugadores de que pudieran elegir sus avatares (33) a los miembros de la banda No Doubt. Tales avatares estaban consentidos por los miembros de No Doubt en su respectivo contrato de licencia a los efectos de poder transmitir sus características principales, imagen personal, voces, y demás atributos que cada uno de ellos tenía vinculados con sus obras musicales. Sin embargo, el videojuego además permitía editar y alterar algunas características de los avatares logrando cambiarles las voces e incluso representar obras musicales de otras bandas. Por ejemplo, al avatar representado por la cantante de No Doubt, Gwen Stefani, podía darse una voz masculina. Los músicos alegaron que existió una afectación de su identidad y personalidad permitiendo que sus representaciones gráficas interpretaran fonogramas de otros músicos o bien que contuvieran una voz diferente ligada a su imagen. Más allá de otros detalles jurídicos del caso, propios de los usos y costumbres de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, lo interesante fue que el tribunal resolvió a favor de No Doubt señalando que Activision afectó el *right of publicity* de los músicos excediéndose en las facultades otorgadas por la licencia de uso que contenía el mencionado contrato.

Por otra parte, el *right of publicity* también encuentra su némesis jurisprudencial en Estados Unidos, con la aplicación del *Transforma-*

(14) Principalmente FALLOUT (1997), FALLOUT 2 (1998), FALLOUT 3 (2008), FALLOUT: NEW VEGAS (2010), FALLOUT 4 (2015) y FALLOUT 76 (2018).

(15) Técnicamente fue solicitada por ZeniMax Media, una compañía del grupo Bethesda Softworks. Registros N° 5835020, 5486767, 5443501, 5443500 y 4848364. Información pública provista por la USPTO.

(16) Registros 2758806, 2758807 y 2823265. Información pública provista por el INPI (AR).

(17) EA Sports una división de Electronic Arts, Inc. (EE.UU.).

(18) KONAMI (Konami Holdings Corporation, Japón).

(19) De hecho en el FIFA, la JUVENTUS es denomina-

da "Piemonte Calcio".

(20) Sega Corporation, Japón.

(21) "Manchester United Football Club Ltd. v. Sega Publishing Europe Ltd. and Sports Interactive Ltd." Demanda número: IL-2018-000085

(22) Caso C129/17: "Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd and Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV v. Duma Forklifts NV y G.S. International BVBA".

(23) AM General LLC v. Activision Blizzard, Inc. et Al, 1:17-cv-08644-GBD-JLC; Nueva York, Estados Unidos 2017. Una copia de la demanda puede leerse aquí: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3188&context=historical>.

(24) "Rogers v. Grimaldi", 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

(25) Parte de la sentencia señala "[...] *if realism is an artistic goal, then the presence in modern warfare games of vehicles employed by actual militaries undoubtedly furthers that goal.* [...]" AM General LLC v. Activision Blizzard, Inc. et Al, 1:17-cv-08644-GBD-JLC; Nueva York, Estados Unidos 2017.

(26) Art. 53.

(27) Ley 11.723, art. 31.

(28) Ley 25.326.

(29) Computer Generated Imagery o imágenes generadas por computadora.

(30) Lionel Messi aparece en las portadas del FIFA 13 (2012), FIFA 14 (2013), FIFA 15 (2014) y FIFA 16 (2015).

(31) Creación jurisprudencial norteamericana desprendida del *Derecho a la privacidad*.

(32) No Doubt v. Activision Publishing Inc, Tribunal Superior del Estado de California, Estados Unidos de América, Caso No. BC425268, Año 2011.

(33) AVATAR: según Oxford Languages es la identidad virtual que escoge el usuario de una computadora o de un videojuego para que lo represente en una aplicación o sitio web.

tive Test (34) o Test de Transformación en donde el juez puede evaluar si el uso del nombre o su identidad por parte de un tercero sufrió cambios o transformaciones suficientes para ser considerado más que una identidad de la celebridad una forma de expresión propia de dicho tercero. Claramente no fue el caso de No Doubt contra Activision toda vez que la identidad, imagen y otros elementos pertenecientes a sus miembros eran sus réplicas exactas.

Sin dudas, el derecho de imagen y voz, así como sus variantes más complejas como el *right of publicity*, deben ser tenidos en cuenta en el proceso de creación de los videojuegos. Al igual que cualquier otro derecho que complementa la obra intelectual debe ser autorizado por sus titulares y su alcance respecto al uso debe ser expresamente delimitado. Más allá de las interpretaciones jurisprudenciales que puedan suscitarse posteriormente en un litigio, siempre es recomendable tomar recaudos instrumentales para evitar contingencias. El valor que agrega la inclusión de una celebridad (o su identidad) dentro de un videojuego, debe acompañarse por una conducta legal diligente a fin de evitar contingencias a futuro.

II.5. Conclusión de la Primera Parte

La industria de los videojuegos es tan compleja como son los videojuegos en su calidad de obras. Las prácticas, usos y costumbres que acompañan al sector en todo el mundo, si bien se nutren de industrias sucedáneas como la del cine, parecen tener una impronta cada vez más específica y particular. Es necesario entonces, ordenar y entender quién es quién en el proceso de creación y comercialización, determinando concretamente sus actividades y alcances, para así poder tener claridad a la hora de comprender un fenómeno cultural y social que trasciende las barreras del mero entretenimiento infantil o adolescente como era hace tan solo unas décadas atrás.

Desde el punto de vista legal, si bien no hay dudas de que el derecho de autor es el sistema legal más adecuado para proteger a los videojuegos como obra intelectual, queda mucho camino por recorrer todavía para que en las distintas jurisdicciones se dote a estos del carácter de obra protegida (tal como las cinematográficas, musicales, literarias, etc.) con un perfil autónomo y sin necesidad de recurrir a asimilaciones o interpretaciones por analogía. El videojuego es una forma más de entretenimiento, con naturaleza técnica y jurídica propia y que merece ser tratada como tal. Temas como plazos de protección, presunciones legales de [cesión de] titularidad, usos secundarios, registro (depósito), derechos conexos e incluso gestión colectiva (de corresponder), deberían ser resueltos cuanto antes, pero con una visión moderna y ajustada a la realidad económica y comercial de su mercado, sin perjudicar al *Usuario Final* e intentando no menoscabar el impulso comercial y crecimiento de un sector industrial que no solo continúa creciendo exponencialmente sino que en muchos casos es una fuente importante de trabajo, cultura y desarrollo social. Tal como propone *Andy Ramos Gil de la Haza* (35), un acuerdo internacional sobre la

materia sería un muy buen primer paso para comenzar ese camino.

Mientras tanto, los responsables de continuar el camino creativo, económico y comercial en materia de videojuegos deberán echar mano de todo el andamiaje legal vigente y disponible en cada jurisdicción para defender el fruto de su esfuerzo, respetar derechos de terceros y procurar el mayor grado de prolijidad y claridad instrumental que le sea posible para poder ejercer y mantener sus derechos de propiedad y propiedad intelectual de su trabajo.

III. Segunda parte. Los eSports

III.1. Vínculo con los videojuegos multijugador online

Habiendo hecho una pequeña aproximación sobre la naturaleza del videojuego y su protección legal, propongo ahora analizar un fenómeno muy particular cuyo auge comenzó hace varios años y continúa desarrollándose y expandiéndose virtuosamente de forma sostenida. Los *eSports*.

Desde que Internet se convirtió en un medio de comunicación masivo y habitual en el mundo, y la capacidad de conexión e intercambio de archivos en red comenzó a ser cada vez más accesible (no solo económicamente sino desde el punto de vista técnico), el comportamiento de los usuarios de videojuegos fue cambiando.

Los videojuegos que usualmente se adquirirían en formato físico (casetes, floppies, disquetes, CDs, DVDs,) y otorgaban, en su mayoría (36), solo la posibilidad de jugarlos una vez instalados en forma individual, comenzaron a ofrecer la posibilidad de jugarse en línea con otros jugadores, con personas reales.

En forma masiva, hace más de dos décadas que la industria del videojuego ofrece en la mayoría de sus títulos la opción *multiplayer* o *multijugador* (37) (como alternativa al *single player* o juego individual realizado solo sobre la computadora o dispositivo en donde se encuentra instalado) facilitando al jugador la conexión en línea con otros jugadores sobre el mismo plano y ambiente del juego y en tiempo real para así poder compartir con ellos la experiencia que el videojuego brinda (38). Ya no se trataba de vencer a un circuito electrónico sino de competir y, en su caso, vencer a uno o más individuos de carne y hueso que se encontraban de otro lado del cable de Internet. Desde hace algunos años, muchos videojuegos *multiplayer* además ofrecen la posibilidad a los jugadores de ser *rankeados* es decir integrar un *ranking* de jugadores de acuerdo con su desempeño y compararse con otros.

Los juegos multijugador en línea fueron proliferando, sin importar su género, al ritmo en que crecía la capacidad y velocidad de Internet de los usuarios que los adquirirían.

III.1. El origen del negocio

Con el correr los años esta conducta, lógicamente, provocó que el espíritu competitivo, que en mayor o menor medida posee

cada jugador de videojuegos, se incrementa no tardando en aflorar competencias de jugadores *amateurs* de videojuegos específicos y reconocidos, para demostrar su destreza y habilidades. Si bien hay antecedentes de competencias de videojuegos de participación masiva en las décadas de los '70, '80 y '90 (39), incluso transmitidas por televisión siendo las más recientes de ellas sobre videojuegos *online*, no fue sino hasta entrada la primera década de los años 2000 que afloraron verdaderos campeonatos de videojuegos en línea a nivel mundial con un impacto similar al que conocemos hoy en día.

A finales de la década del '90, fue en Corea del Sur en donde, fruto de una recesión económica profunda y con la entrada de la conexión de banda ancha de Internet, miles de jóvenes (muchos de ellos desempleados) se volcaron a los videojuegos (40). En el año 2000 el gobierno surcoreano autorizó la creación de una de las primeras organizaciones de *eSports* del mundo (41), KeSPA (42). Fue en esa época en la que las cadenas de televisión surcoreanas comenzaron a televisar los torneos de *eSports* de dicho país debido a la gran audiencia que poseían (43). Los jugadores de videojuegos que participaban, rápidamente se convirtieron en celebridades y su fama se incrementó notablemente. Mientras tanto en Europa como en Estados Unidos, existían organizaciones similares como la Cyberathlete Professional League o la alemana Deutsche ClanLiga (que cambió su nombre a Electronic Sports League o ESL) que iban corriendo una suerte similar.

Poco más tarde, esas competencias, fueron replicadas y capitalizadas por los propios titulares de los videojuegos (44) en todo el mundo, sumándose además compañías vinculadas con el sector del *software* y el *hardware* e incluso hasta empresas que nada tienen que ver con la industria del videojuego (45). Todas estas compañías vieron en ello un negocio y decidieron (o al menos intentaron) organizarlo, dando vida a una nueva modalidad de entretenimiento mundial.

Se crearon equipos, ligas nacionales e internacionales, se profesionalizó la actividad, se generaron reglas y condiciones para los eventos y demás cuestiones propias de una actividad nueva, diferente y con mucho futuro.

Los *eSports* no eran una moda pasajera, llegaban para quedarse.

III.2. El streaming o broadcasting

Sumada a la explosión de los *eSports* en todo el mundo, debe agregarse que desde hace casi una década todos los eventos organizados en materia de *eSports* comenzaron a transmitirse por Internet a través de plataformas específicas. Esta circunstancia logró que rápidamente se lograra una difusión masiva de las competencias de *eSports* en todo el planeta.

La aparición en el año 2011 de Twitch (46) (www.twitch.tv), una plataforma de *streaming* focalizada en la transmisión de videojuegos, tuvo un papel preponderante. Para el año 2014, Twitch era la cuarta plataforma de *streaming*

con más tráfico en los Estados Unidos y una de las más utilizadas del mundo.

Hoy en día Twitch sigue siendo la plataforma líder para la transmisión de videojuegos y *eSports*, aunque Youtube Gaming y Facebook Gaming (en alianza con Microsoft) vienen cobrando cada vez mayor relevancia. A ellos podría sumársele Discord (47), otra plataforma más enfocada al *streaming* de audio que de video y muy utilizada en juegos *online* en la actualidad entre jugadores mientras participan en las partidas multijugador.

El alcance masivo que ofrecen estas plataformas de *streaming* en lo que respecta a los *eSports* es fundamental para explicar el crecimiento progresivo en la audiencia y la proliferación del éxito de las competencias de videojuegos que se realizan en todo el mundo. Prueba de ello, es que actualmente hasta los deportes convencionales se encuentran negociando acuerdos con plataformas para la transmisión de certámenes. Tal es el caso de la Federación Internacional de Basquetbol (FIBA) que en febrero de 2021 acordó con Twitch la transmisión de más de 600 horas de juegos en vivo por año. La FIBA es la primera federación de deportes (convencionales) que firma con Twitch y no se descarta que otras de diferentes disciplinas deportivas tradicionales, sigan su camino.

Si bien las diferencias técnicas entre el *broadcasting* y el *streaming* son relativamente difusas, podríamos decir que el primero no depende exclusivamente de Internet (pues la transmisión puede ser por radio o por televisión sin la intervención de Internet) y el *streaming* es la transmisión de audio y video a través de Internet.

En materia de *eSports* lo habitual es que las transmisiones de los certámenes sean realizadas a través de las plataformas como Twitch o YouTube ya mencionadas, pero ello no excluye que, adicionalmente, se establezcan sistemas de *broadcasting* que alcancen a otros medios de comunicación tales como la televisión.

En ese aspecto, no es nuevo que señales televisivas como ESPN2, DISNEYXD, TBS y CBS, entre otras, emitan diversos eventos de *eSports* desde hace varios años y a varios países del mundo. En Argentina, por ejemplo, la señal de televisión Flow, transmite los partidos de la Liga Máster | Flow (48) a través del canal 601 (Flow Gaming XP).

Sin embargo, una cuestión, no menor y en debate en la actualidad, es la posición legal de los *broadcasters* o *streamers* respecto de los derechos de transmisión de los certámenes de *eSports* y de los videojuegos en los que se basan.

No cabe duda de que en gran medida la eclosión de los *eSports* se debe al poder de diseminación que poseen las plataformas de *streaming* o los *broadcasters* y su llegada a cientos de miles y hasta millones de personas en todo el planeta. Claramente, el *broadcaster* o *streamer* es un actor fundamental para entender, como dije anteriormente, el éxito de esta actividad.

(34) Surgido en el año 2001 del fallo *Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc* 21 P.3d 797 por la vulneración del *right of publicity* de Los Tres Chiflados (The Three Stooges) en litografías y remeras.

(35) *Videojuegos: ¿programas informáticos u obras creativas?* Andy Ramos Gil de la Haza, España, Revista OMPI, agosto 2014.

(36) Si bien desde mediados de los '70 y principios de los '80 existen videojuegos que podían jugarse conectando dos o más terminales (*Maze War* desarrollado por Steve Colley, Greg Thompson, y Howard Palmer para la computadora IMLAC PDS-1 en la NASA en 1973 por ejemplo), por vía telefónica, a través de sistemas pre-internet como ARPANET, o por sistemas de red privada (LAN), los primeros juegos *multiplayer* online comenzaron su nacimiento masivo a mediados de la década de los '90.

(37) Me refiero al *multiplayer* en línea y no a aquellos que ofrecían la posibilidad de competir con otro jugador en el mismo juego y dispositivo (el Pong de Atari por ejemplo que soportaba la interacción de dos jugadores).

(38) Incluso, existen juegos que solo ofrecen como posibilidad la participación de múltiples competidores tales como los del género clásico MMPORG o Massive Multi-Player Online Role Games (Juegos de rol masivos multijugador en línea) o los más actuales como los del género denominado Battle Royale como Fornite Battle Royale, Pubg, Apex Legends, Call Of Duty: Warzone, entre otros.

(39) En el año 1972 se registra el primer torneo de videojuegos en la Universidad de Stanford con el juego Spacewar, mientras que en 1980 se realiza el primer tor-

neo nacional de Space Invaders organizado obviamente por ATARI, con la participación de más de 10.000 jugadores. Sin embargo, hay quienes atribuyen a la competencia sobre el juego Quake (de GT Interactive) denominada Red Annihilation en 1997, organizada en la E3 del mismo año, ser el primer torneo de *eSports* de la historia. Coincidió con esta atribución.

(40) El videojuego más popular en esa época en Corea fue el Starcraft (Blizzard).

(41) Hay quienes sostienen que la CPL o Cyberathlete Professional League, creada en Texas, Estados Unidos, en 1997 fue la primera organización de *eSports*.

(42) Korea *eSports* Association (KeSPA) <http://eSports.or.kr/>.

(43) Se estima que para esa época existían casi 4 millones de televidentes por día viendo los torneos de Star-

Craft en Corea del Sur.

(44) Hay consenso en que la primera en involucrarse en el mundo de los *eSports* fue Riot Games.

(45) Tomás Rigo y Mariano Bourgeois las clasifican como "marcas endémicas" y "marcas no endémicas", refiriéndose por las primeras a aquellas ligadas a la industria del *software*, *hardware* y videojuegos y las segundas como a aquellas que nada tienen que ver con la industria pero que patrocinan las competencias.

(46) Adquirida por Amazon en 2014, por U\$D 970.000.000.-

(47) Discord, Inc. (EE.UU.).

(48) Liga perteneciente a la catalana LVP (Liga de Videojuegos Profesional) en su capítulo argentino y patrocinada por la empresa Cablevisión (de Telecom Argentina SA).

Ahora, el interrogante que depara el futuro no muy lejano del ecosistema de los *eSports* es si corresponde o no que los *broadcasters* o *streamers* deban negociar y pagar por los derechos de transmisión de *eSports*. Esto abre un doble escenario: el derecho emanado del *Publisher* o titular del videojuego y el derecho adquirido del organizador del certamen de *eSport* transmitido. Actualmente, si bien se celebran contratos onerosos de cesión de derechos exclusivos de transmisión de eventos de *eSports* en todo el mundo, muchos *Publishers*, por ejemplo, aceptan (y autorizan) la transmisión de sus videojuegos a través de plataformas de *streaming* en forma gratuita, con ciertas condiciones aun cuando dicha transmisión represente una monetización para el *broadcaster* o *streamer*. No obstante, no sería extraño que, de un momento a otro, tanto los *Publishers* como los organizadores de *eSports* que hoy permiten la transmisión gratuita de los eventos, cambien su postura y resuelvan que parte de las ganancias generadas por las plataformas de *streaming* (que las tienen) en sus transmisiones de *eSports* deban ser compartidas con ellos a través de licencias de transmisión específicas.

A todo ello deberá sumarse, además, emprendimientos de terceros que, sirviéndose de las plataformas de *Streaming*, realizan transmisiones exclusivas de *eSports* determinados. Es común en los últimos años que empresas específicas que poseen su propio canal en alguna de las plataformas tradicionales (Twitch o Youtube Gaming) generen transmisiones exclusivas de torneos de *eSports*. En definitiva, todo aquel que participe en la cadena de distribución del contenido de *eSports* podría ser alcanzado por un sistema de licencias que, en mayor o menor medida, pueda equalizar los ingresos generados.

III.3. Los números

A lo largo de los 20 años que han pasado desde el nacimiento de los *eSports* tal como los conocemos en la actualidad, como industria del entretenimiento, sus números no han parado de crecer y no se espera que decaigan en el corto plazo.

El nivel de inversiones, en particular de capital de riesgo (49), que ofrecen los *eSports* es notable. Según un estudio de Deloitte, en el año 2017 se invirtieron unos 490 millones de dólares mientras que en el año 2018 ese número fue superado en un 837%, es decir unos 4500 millones de dólares aproximadamente (50).

Se espera además que las ganancias que arrojarán los *eSports* para el año 2021 superen los 1000 millones de dólares y los 1800 millones de dólares para el año 2022 (51).

Actualmente, Norteamérica, Asia y países del pacífico y Europa representan el 57% de la audiencia e ingresos global.

América Latina, por su lado, ha sido favorecida por esta ola de éxito y aunque con números mucho más incipientes que otras regiones, viene en franco crecimiento. El mercado de *eSports* en Latam ha pasado de 18 millones de dólares en ganancias en 2019 a 42 millones de dólares en el año 2020, según afirma en su informe PwC.

En líneas generales los habituales focos de rentabilidad de los *eSports* se dan principalmente en los derechos de transmisión de los eventos, la venta de entradas, merchandising y los denominados *in-game purchases* o ven-

tas dentro de los videojuegos, pero el mayor caudal de ingresos se da a través del *sponsorship* (patrocinio) y la publicidad.

Para tener una idea del valor que implican los *eSports* actualmente, a continuación, detallo la valuación que alcanzaron en el año 2020 (52) algunos clubes o equipos reconocidos de jugadores en el ecosistema y que a esta altura ya se encuentran consolidados como verdaderas compañías del mundo del entretenimiento:

TSM (antes Team SoloMid)	U\$D 410.000.000
Cloud9	U\$D 350.000.000
Team Liquid	U\$D 310.000.000
FaZe Clan.....	U\$D 305.000.000
100 Thieves	U\$D 190.000.000
Gen.G.....	U\$D 185.000.000

La lista continúa con valuaciones similares para al menos media docena más de clubes de *eSports*. En algunos casos, los clubes de *eSports* como TSM, han alcanzado o superado la valuación que poseen algunos clubes de la Liga Nacional de Hockey sobre hielo (o NHL) de Norteamérica (EE. UU. y Canadá). Todo indicaría que estos números seguirán creciendo en los próximos años.

III.4. Orden y desorden

Así y todo, tal como es la industria de los videojuegos, el ecosistema de los *eSports* es también desordenado. Numerosas iniciativas para agrupar, ordenar e internacionalizar los eventos y competiciones fueron intentadas a lo largo de los años creándose un sinnúmero de ligas nacionales, regionales e internacionales, algunas de ellas con mayor grado de profesionalismo y estructura, y otras que fueron perdiendo incidencia hasta casi desaparecer a pesar de los éxitos cosechados en el pasado (tal como el caso de la mencionada CPL).

Es importante señalar que, en el ecosistema de los *eSports*, el identificador principal de su organización va a estar dado por su "materia prima", es decir los videojuegos. Usualmente podremos identificar un torneo o liga dependiendo del videojuego del que se trate, como veremos más adelante. En ese sentido, los principales videojuegos y que hasta el día de hoy tienen relevancia en el mundo de los *eSports*, son los siguientes:

- League of Legends (LOL).
- Dota 2.
- FIFA.
- Fortnite.
- Hearthstone.
- Overwatch.
- Call of Duty Black Ops 4.
- StarCraft II.
- Magic: The Gathering Arena.
- Heroes of the Storm.
- Rainbow Six: Siege.
- Playerunknown's Battlegrounds (PUBG).

-Counter Strike: Global Offensive.

-Valorant.

No son los únicos, pero son los que más audiencia captan en los torneos.

Es a partir de los videojuegos específicos entonces, donde toda la organización de los *eSports* comienza a girar. Los jugadores se especializan en un determinado videojuego, luego forman su equipo con otros jugadores para el mismo videojuego, ese equipo pertenecerá a (o se convertirá en) un club y ese club va a participar (representado por ese equipo de jugadores) de los torneos correspondientes a dicho videojuego organizados por una liga.

Respecto a la manera en la que se organiza el mundo de los *eSports*, podríamos hacer una clasificación de sus principales actores de la siguiente manera:

Federaciones y asociaciones: Organismos cuyo objeto primordial reside en difundir y ordenar los *eSports* a nivel nacional, regional o internacional. Estas iniciativas enfocan sus esfuerzos por coordinar los diferentes certámenes competitivos que involucran a los *eSports*. Asimismo, bregan por el reconocimiento de los *eSports* como actividades deportivas, por la difusión de los *eSports* en determinados territorios, y por la protección, reconocimiento, no discriminación, ética, integridad, igualdad (entre mujeres y hombres), desarrollo y profesionalización de los jugadores de *eSports* como deportistas. La "gobernanza" de los *eSports* en torno a ciertos valores específicos parecería ser la naturaleza más adecuada de estas entidades. No es casual que muchas de esas entidades, incluso, ofrezcan mecanismos de resolución de disputas para resolver conflictos diversos de la actividad.

Entre las federaciones internacionales más destacadas podemos mencionar a la *International Esports Federation o IESF* (Corea), la *Asian Electronic Esports Federation o AESF* (Hong Kong), el *World Esports Consortium o WESCO* (Brasil, Holanda, China y Australia) y la *World Esports Association o WESA* (internacional), entre otras.

En Argentina, encontramos a la *Asociación de Deportes Electrónicos y Videojuegos de Argentina o DEVA*, la *Asociación de Deportes Electrónicos y Electromecánicos Argentina o ADEEMA* y a la *Asociación Argentina de Deportes Electrónicos o AADE* (53).

Ligas y organizadores: Organismos dedicados a la organización de competencias entre clubes. En muchos casos (no en todos) los *Publishers/Developers*, al ser titulares de los videojuegos, son también los propios titulares y organizadores de las ligas. Es importante destacar que el concepto de "liga" en muchos casos suele asociarse al tipo de competencia y no al organizador de esta. Frecuentemente se denomina "liga" a una sola competencia en particular en una fecha específica y determinada y en otros casos a una serie de eventos organizados en forma de torneo o competencia que en general se desarrollan en periodos de tiempo prolongados y en diferentes lugares, por lo que es muy común la confusión entre campeonato y ligas en el ecosistema de los *eSports*. Asimismo, suele referirse a "liga" a la serie de certámenes de un videojuego determinado (por ejemplo "Call of Duty League") en donde el organizador solo convocará a equipos o clubes que se desempeñen en ese videojuego en forma exclusiva.

Sin perjuicio de ello, lo importante es que quien organice un evento de *eSports* tendrá la responsabilidad legal de tal organización estableciendo las reglas y políticas específicas que regulen el evento. Por otro lado, teniendo en cuenta que tales eventos dependerán del uso de determinados videojuegos, dicho uso deberá encontrarse autorizado por los titulares de estos.

En dicho sentido, las ligas y demás organizadores de eventos competitivos de *eSports* son las que negociarán con los titulares de los videojuegos las respectivas licencias para el uso de estos en las competencias. Las licencias, en general son "no exclusivas" y dependerán del uso correspondiente al evento competitivo del que se trate (plazos de uso, territorio, condiciones de registro de usuarios, etc.).

Existen ligas y torneos nacionales, regionales, internacionales y mundiales. A su vez, como mencioné anteriormente, existen ligas específicas y vinculadas a un solo videojuego en particular (tal como la *LCS*, la *Apex Legends Global Series* o la *Rocket League Championship Series*) y otras que abarcan varios videojuegos (*Dreamhack*, *Major League Gaming*, *Liga Mexicana de Videojuegos*, etc.).

Entre las ligas más importantes del ecosistema podemos encontrar: *Major League Gaming* (EE.UU.), *ESL o Electronic Sport League* (Alemania), *The International* (de Valve Corporation), *League of Legend Series o LCS* (de Riot Games), *FIFA Interactive World Cup o FIWC* (de la FIFA), *Fortnite World Cup* (de Epic Games), *Apex Legends Global Series*, *Overwatch League u OWL* (de Blizzard Entertainment), entre muchísimas otras a lo largo del planeta.

Clubes y equipos: Sobre los clubes podemos señalarlos como entidades que congregan equipos de jugadores para participar en competencias de videojuegos específicos. Cada club podrá tener más de un equipo dependiendo del videojuego al que estén vinculados. Los clubes serán los encargados de establecer las pautas de la actividad de sus equipos y jugadores, por ejemplo, determinando las bases y condiciones para sus entrenamientos, la provisión de elementos y herramientas específicas para el desarrollo de su actividad (uniformes, sillas, computadoras, periféricos, monitores, etc.) además de su participación de los distintos certámenes que se organicen respecto de los videojuegos a los que sus equipos y jugadores se dediquen.

En muchos casos, los clubes tienen un comportamiento similar a los del fútbol profesional, en cuanto retienen el derecho de imagen de sus jugadores, poseen sus escudos y distintivos como marcas, etc. En su mayoría son verdaderas compañías, constituidas en sociedades comerciales, aunque existen casos de figuras asociativas específicas (dependiendo del país del que se trate) tales como las que aplican para los clubes deportivos. De hecho, estos últimos, sobre todo los clubes de fútbol participan con sus propios equipos de *eSports* en varias ligas y certámenes. Tal es el caso del *Paris Saint-Germain (PSG)* (54), *FC Barcelona* (55), en el exterior y en Argentina, *Club Atlético River Plate* (56) *Club Atlético San Lorenzo de Almagro* (57) o *Club Atlético Boca Juniors* (58), entre varios más (59).

Es habitual ver difuminado el concepto entre club y equipo dado que, en muchos casos, se denomina equipo a un club y viceversa. Debido a las habitualidades semánticas y caracteres propios de otros idiomas y por la glo-

(49) Según Deloitte representa al menos el 56% de las inversiones del sector contra el 13% de Private Equity y 31% de Family Office. ("The Rise of eSports Investments" p.11 The Esports Observer, Deloitte, Abril 2019)

(50) <https://www.businessinsider.com/esports-ecosystem-market-report>

(51) NewZoo.com

(52) <https://www.visualcapitalist.com/esports-companies-compare-with-sports-teams/>.

(53) Luego del polémico Proyecto de Ley de Deportes Electrónicos de 2018 presentada por AADE, y rechazado por la mayoría del ecosistema de *eSports* argentino (principalmente por intentar dejar fuera del concepto de actividad deportiva a los *eSports* basados en FPS y simi-

lares y no consultar a los principales involucrados de la industria) y tras rumores de renuncia de su presidente, no se observa actividad de dicha asociación desde el año 2019.

(54) <https://psg-esports.com/home/>.

(55) <https://www.fcbarcelona.com/en/esports/efootball-pes>.

(56) <https://www.cariverplate.com.ar/esports>.

(57) <https://sanlorenzo.com.ar/esports>.

(58) <https://www.bocajuniors.com.ar/tags/eSports>.

(59) Podemos mencionar además a *Godoy Cruz eSports*, *Gimnasia La Plata eSports*, *CA Huracán eSports*, *Rosario Central eSports*, *Colón eSports*, *Chacarita Jrs eSports*, *Banfield eSports*, *AAAJ eSports*.

bilidad de la actividad de los *eSports*, es común que un club al participar únicamente en certámenes competitivos sobre un videojuego determinado suela denominárselo equipo. Otro caso frecuente son los equipos que van logrando trascendencia y se diversifican, por ejemplo, para participar en competencias en más de un videojuego formando nuevos equipos bajo el mismo nombre.

En cualquier caso, la diferencia entre club y equipo radica en su naturaleza asociativa, es decir, el club estará caracterizado por su capacidad de congregarse, formar, organizar y representar equipos de jugadores y a los jugadores en particular, en las competencias, sean para uno o más videojuegos, mientras que el equipo será únicamente un grupo de jugadores que compiten contra otros equipos en un videojuego específico.

Desde el punto de vista jurídico en Argentina, y teniendo en cuenta la actividad comercial que desarrollan, muchos clubes se encuentran conformados por diferentes tipos societarios, tales como sociedades anónimas, sociedades por acciones simplificadas, sociedades de responsabilidad limitada, etc. (60), mientras que las asociaciones de *eSports* (más cercanas a las federaciones y asociaciones antes mencionadas), por no perseguir principalmente un fin de lucro, suelen constituirse en asociaciones civiles. *Burgeois* desarrolla la cuestión asociativa de los diferentes actores del ecosistema de los *eSports* en nuestro país con meridiana claridad abriendo el debate también sobre la posibilidad de establecer figuras asociativas específicas del deporte, tales como las creadas por la Ley Nacional del Deporte 20.655 (61) (Asociaciones Civiles Deportivas de primer y segundo grado, de representación nacional y superiores).

Los clubes de *eSports* pueden contar con infraestructura suficiente para profesionalizar a los jugadores. En muchos casos los propios clubes forman las denominadas *Gaming Houses*, es decir, predios específicos para el entrenamiento y perfeccionamiento de los jugadores y equipos para su preparación, concentración y participación en las competencias. Entre los clubes (o equipos) de *eSports* más reconocidos a nivel global podemos encontrar a FaZe Clan, Team Secret, Team Liquid, Cloud9, OG, T1 (62), Fnatic, G2 Esports, 100 Thieves, entre muchos otros.

En Argentina se destacan Isurus Gaming, Furious Gaming, Undead Gaming, Globant Emerald Team, Maycam Evolve, eBRO Gaming, New Pampas, Intel New Indians Esports, entre muchos otros además de los ya mencionados pertenecientes a clubes de fútbol profesional.

Jugadores: Persona humana que juega a un videojuego específico, perteneciendo a un equipo dentro de su club. En materia de *eSports*, es común asignarles el calificativo de "profesional" a los jugadores que destinan la mayor parte de su tiempo al entrenamiento en videojuegos y a su participación en los certámenes correspondientes organizados por las ligas u organizaciones de *eSports*. Se diferencian de los jugadores "amateur", quienes solo juegan por diversión o esparcimiento, estableciendo una relación jurídica con su equipo o club, y sometidos a las directivas de este y a la de las organizaciones de los certámenes de *eSports* en donde participan.

Broadcasters o streamers: Propietarios de una plataforma de *streaming* dedicada a

transmitir los videojuegos y sus competencias en línea sea bajo demanda o en vivo y en directo. También se incluyen señales de televisión por cable y abierta.

Sponsors: Compañías vinculadas o no a la industria de los videojuegos que auspician los eventos, sus transmisiones e incluso los premios de cada competición organizada.

Publishers/Developers: Titulares de los videojuegos que licenciarán su uso para las ligas, torneos y plataformas de *streaming* y *broadcasters*. Muchos de ellos, como Riot Games, por ejemplo, organizan sus propios torneos de *eSports*. (LCS o *League of Legend Championship Series*).

En el escenario actual no existe una organización concreta a nivel internacional o global, que pueda ordenar específicamente la actividad de los *eSports*. Si bien a cada momento y en diferentes países surgen iniciativas sólidas para generar un orden específico a nivel local, regional e internacional sobre los diferentes certámenes competitivos, sobre el tratamiento de los jugadores y en definitiva sobre toda cuestión relacionada con el mundo de los *eSports*, hasta el momento cada actor o grupo de actores de los analizados anteriormente actúa en forma aislada o independiente organizando eventos que poseen mayor o menor convocatoria, con reglas y condiciones diferentes, y sobre todo ello se forman las volátiles tendencias internacionales que recaen sobre la actividad.

A diferencia de los deportes tradicionales en donde sí existen consensos masivos para su regulación, por ejemplo, el Comité Olímpico Internacional (COI), o en el caso del fútbol profesional la FIFA y las distintas asociaciones internacionales de la cual dependen, en los *eSports* no hay, por ahora, ningún tipo de organización estructural a nivel global que permita ordenar y estandarizar la industria. De esta manera, cuestiones cruciales como la autorregulación serán determinantes para sostener y mantener momentáneamente una actividad que posee cada vez mayor preponderancia en el mundo del entretenimiento global. A pesar de la impronta desestructurada del mundo de los *gamers* y de los videojuegos, no resultará posible que una industria de las dimensiones que ha tomado el mercado de los *eSports* pueda mantenerse en el desorden actual. La existencia de numerosas federaciones, cientos de ligas, miles de equipos y decenas de miles de jugadores, actuando en forma relativamente aislada, requerirán más temprano que tarde de un cierto orden para poder continuar. Para que ello sea posible es importante determinar, entre otras cosas, qué cuestiones legales pueden impactar en el desarrollo de este mercado prominente teniendo en cuenta las particularidades novedosas que lo caracterizan.

III.5. Los *eSports* como deportes

Uno de los principales cuestionamientos que acapara la atención de propios y ajenos a la industria es si los *eSports* pueden o deben ser considerados como deportes. Una vez más, el desorden del ecosistema mundial de *eSports* provoca iniciativas aisladas sobre las cuales, por ejemplo, ciertos países los consideran una actividad deportiva, mientras que otros aún los siguen analizando y debatiendo.

La importancia de la categorización de los *eSports* como deporte estará fundamentalmente dada en que en la mayoría de los paí-

ses existen regímenes legales específicos para los deportes y eventos deportivos que podrán tener mayor o menor incidencia sobre la actividad y las relaciones jurídicas de sus actores. No es lo mismo que la relación jurídica entre un club o equipo y un jugador sea regulada por el derecho laboral, el derecho comercial o por una ley específica que determine las condiciones de contratación. Esto sucederá, por ejemplo, con los derechos de transmisión de los eventos, derechos de imagen, etc. Los *eSports* como la actividad económica que es, merece un tratamiento legal específico y no sería conveniente que las relaciones jurídicas de quienes participan en ella deban dejarse libradas a la suerte de la aplicación e interpretación del derecho común.

Bastante se ha hablado y escrito sobre las características intrínsecas del deporte, más allá de las definiciones legales que cada país (en caso de tenerlas) pueda establecer, y su analogía con la actividad de los *eSports*. Siguiendo a *Burgeois* (63) y a *Velesquen Sáenz* (64), en este sentido, podemos coincidir con ellos en que los deportes, tal como los conocemos en su fase convencional presentan las siguientes características: a) Implican una actividad física y/o intelectual; b) Poseen carácter lúdico y/o competitivo; c) Se encuentran sujetos a normas o reglas; d) Implican una práctica habitual; y e) Implican una participación organizada e institucionalizada.

A priori, tales características, parecen ser aplicables a la actividad de los deportes electrónicos. El carácter lúdico es indiscutible toda vez que cuando hablamos de *eSports* nos referimos a competencias de videojuegos y tal carácter resulta suficiente. En cuanto a las reglas, no hay dudas de que cada competencia posee las propias y cada videojuego naturalmente también. Respecto de la habitualidad de la actividad sobran los ejemplos para determinar que los *eSports* es una actividad que requiere un nivel de actividad muy alto que no solo abarca la participación en los certámenes sino el entrenamiento para ello, de manera que resultaría imposible para un jugador o equipo poder participar si no destina la mayoría de su tiempo a la actividad.

Restan dos cuestiones fundamentales, la actividad física e intelectual y la participación organizada e institucional. Sobre la última, a pesar del cúmulo de asociaciones y federaciones existentes de *eSports* en la mayoría de los países del mundo, aun es cierto que no existen consensos globales y ordenados que puedan estandarizar la actividad. Al respecto, es importante destacar que el propio Comité Olímpico Internacional (COI) determinó que los *eSports* podrían ser considerados deportes olímpicos en la medida en que exista un órgano que los nuclea a nivel mundial y que se someta a las reglas del COI. En este sentido, y a juzgar por el tratamiento que el COI otorga actualmente a los *eSports*, parecería que para dicho organismo no hay dudas de que son deportes, aun cuando todavía no se encuentran dadas las condiciones para categorizarlos como deportes "olímpicos".

En materia de actividad física y mental, no hay que perder de vista que, a pesar de que los jugadores de *eSports* interactúan con dispositivos electrónicos, gran parte, sino toda, del desempeño y cumplimiento de sus objetivos dependerá de su destreza física y mental, para las cuales entrenan con habitualidad. Se encuentra científicamente comprobado que los niveles de desgaste y estrés de los juga-

dores de *eSports* son similares a deportistas profesionales de fútbol y rugby (65). La posición en la que se sientan, los movimientos del *mouse*, teclados o *joysticks*, así como la agudeza visual y la capacidad estratégica y emocional para ganar una partida son factores físicos e intelectuales determinantes y que pueden ser perfectamente asimilados con los deportes convencionales. Países como China, Francia, Italia, Rusia, Estados Unidos, Suecia, Dinamarca y Corea del Sur, actualmente se encuentran generando políticas públicas que podrían desencadenar un reconocimiento específico de los *eSports* y equiparlos a los deportes tradicionales. Incluso Alemania, uno de los mercados más prominentes de los *eSports*, se encuentra debatiendo desde hace años su reconocimiento como deporte, con gran continuidad y perseverancia. A tal efecto, y aunque su visión es contrapuesta en este punto al presente artículo, me remito al extenso y profundo trabajo (66) realizado por el profesor español de derecho administrativo de la Universidad de Alicante, José Miguel Beltrán Castellanos, quien aborda claramente los vaivenes alemanes en la cuestión.

Otra discusión que se da sobre el tema es si solo pueden ser considerados deportes los *eSports* sobre videojuegos de deportes (tales como el fútbol, básquet, baseball, etc.). A mi juicio, nada hay más errado que calificar como "deporte" a los *eSports* según el género de videojuego en el que se basen. Como ya se explicó, todas y cada una de las actividades que desarrollan los ciberatletas, que pueden encontrar su paralelismo en los deportes tradicionales, tales como reglas, entrenamiento, habitualidad, y todas las demás ya enumeradas, se dan en la práctica de *eSports* independientemente del tipo o género de videojuego en los que se desarrollan.

Un jugador de *eSports* de Counter Strike: Global Offensive (un clásico FPS) tendrá que someterse a las mismas actividades y condiciones que un jugador de FIFA 2020 (videojuego de fútbol) en cuanto a la imposición de reglas de los organizadores de las competencias, entrenamiento, constancia o habitualidad, sentido competitivo, etc. Lo que variará será el desempeño propio y específico del jugador en ocasión del uso del videojuego al que se dedique y de su dinámica particular. Para el caso, como ejemplo, el deporte náutico no deja de ser deporte por el hecho de que en un certamen compitan diferentes naves tales como un 470 (67) o un Finn (68) con diferentes recorridos y diferentes maneras de pilotarlas, o bien, que la regata se corra en un río, un lago o en mar abierto.

En muchos países, se ha tratado el tema con diferentes aristas. Por ejemplo, un proyecto de ley (69) presentado en el año 2018 en Argentina excluía a ciertas categorías o géneros de videojuegos como los FPS (First Person Shooter) (70) por considerarlo, según los autores del proyecto, violento y ajeno a la práctica y valores deportivos. Afortunadamente dicho proyecto no avanzó.

Sin entrar en las extensas discusiones del caso, con el mismo criterio deberían excluirse como deportes actividades como el boxeo, la lucha greco-romana, el lanzamiento de jabalina, el tiro al blanco, y numerosas actividades que podrían encontrar interpretaciones análogas y origen en cierta violencia. No creo que sea ese el camino a seguir. Los *eSports* constituirán una actividad o modalidad deportiva fundamentalmente por el desempeño y habi-

(60) Según *Burgeois*, en Argentina Isurus Gaming es una SA, Furious Gaming una SAS y Nocturns Gaming una SRL.

(61) BURGEOIS, Mariano O. <https://esportsbasis.wordpress.com/2019/11/02/el-rol-de-las-asociaciones-civiles-en-los-esports/>.

(62) (antes SK Telecom T1, de Corea del Sur).

(63) BURGEOIS, Mariano O. <https://esportsbasis.wordpress.com/2018/09/08/algunas-apreciaciones-sobre-esports-y-su-regulacion/>.

sobre-esports-y-su-regulacion/.

(64) VELESQUEN SÁENZ, Gustavo E., "Los E-Sports desde la perspectiva del derecho del trabajo", del 19/01/2021, TR LALEY AR/DOC/3879/2020.

(65) University of Chichester "Elite Esports Gamers Face Equivalent Psychological Pressure as Pro-Athletes, Study Reveals" <https://www.chi.ac.uk/news/elite-esports-gamers-face-equivalent-psychological-pressure-pro-athletes-study-reveals>.

(66) "La posible ordenación de los e-sports en Alemania. Situación actual y perspectivas de futuro" de José Miguel Beltrán Castellanos, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, Nº 66, marzo 2020.

(67) Es una clase internacional y olímpica de embarcación a vela diseñada por André Cornu.

(68) Es una clase internacional y olímpica de embarcación a vela para un solo tripulante.

(69) Proyecto de Ley de Regulación de los Deportes

Electrónicos en la República Argentina. Creación del Registro Único de Equipos de Deportes Electrónicos 1997-D-2018 presentado en el año 2018.

(70) Art. 4º del proyecto de ley referido. Entre los *eSports* FPS más conocidos podemos mencionar al Counter Strike: Global Offensive y al Rainbow Six: Siege, aunque este último entra más en la categoría Tactical Shooter.

lidades propias del jugador que participa, su habitualidad, su entrenamiento, el carácter competitivo de los certámenes, las reglas y valores de la sana competencia que los reglamenten y a los que se someten y por el trabajo de las entidades que los organicen, pero de ninguna manera serán o dejarán de serlo por el género del videojuego a los que pertenecan.

III.6. Vínculo entre jugadores y equipos. Cuestiones laborales y comerciales

No es un tema menor el análisis jurídico sobre el vínculo de los jugadores profesionales de *eSports* y sus equipos o clubes. Como señalé anteriormente, mientras no exista una legislación específica sobre *eSports* en la que el tema se regule, su abordaje jurídico deberá ser analizado desde el derecho común y, al menos, desde dos ángulos diferentes: el comercial y el laboral.

Teniendo en cuenta el desorden que existe en el ecosistema, es difícil encontrar situaciones estandarizadas respecto a las relaciones jurídicas que se establecen entre los jugadores de *eSports* y sus equipos o clubes. Las condiciones que unos y otros establecen, si bien estarán apalancadas en la dinámica de las competencias en las que participan, son diferentes en cada equipo o club incluso encontrándose en la misma jurisdicción o país.

En una primera aproximación, según Velesquen Sáenz, la dependencia jurídica, económica y técnica, así como la voluntariedad, ajenidad y prestación personal (71) de las tareas de los jugadores respecto de sus clubes o equipos son características tipificantes de una relación laboral. Las directivas impuestas por el club o equipo a través de sus autoridades, entrenadores o *coachs*, por dar un ejemplo, también pueden ser analizadas desde la óptica de una relación laboral.

La primera cuestión que se suscita en torno a determinar la relación laboral de los jugadores con sus clubes o equipos es la de la normativa aplicable. ¿Deben regirse por las leyes laborales generales o por regímenes laborales especiales?

Si se tiene en cuenta las particularidades que revisten a la actividad de los jugadores de *eSports* tales como la cesión de jugadores entre equipos y clubes, los derechos de imagen de los jugadores, premios por torneos, entre muchas otras, parecería difícil encontrar tales escenarios en la legislación general laboral. Por otro lado, ciertas previsiones de las normativas generales en materia laboral tampoco parecerían adecuarse a la realidad de la actividad de los *eSports* (al menos actualmente) tales como las disposiciones sobre jornadas de trabajo y de descanso, licencias especiales, enfermedades y accidentes de trabajo, trabajo de menores de edad, etc. A ello debe tenerse presente también, que, por las características de los *eSports*, la participación de menores es algo relativamente habitual. En países como Argentina, por ejemplo, bajo el régimen laboral general el trabajo de menores de 16 años se encuentra prohibido y solo en casos en los que pueda caracterizarse como “artístico” podrá ser tolerado con condiciones particulares además del correspondiente consentimiento de sus padres o tutores y la autorización específica de las autoridades administrativas en materia de trabajo.

En este aspecto, siguiendo con el caso argentino, de considerarse que la relación entre los jugadores y sus clubes o equipos es de índole laboral, coincido con el criterio de Velesquen Sáenz en cuanto resultaría más

adecuada una normativa especial que la ley general laboral 20.744 de Contratos de Trabajo, tal como sucede en el caso de los jugadores de fútbol con la aplicación de la ley 20.160 (Estatuto del Jugador de Fútbol Profesional) y el Convenio Colectivo de Trabajo 430 de 1975 sobre Fútbolistas Profesionales. De ahí también, surge la importancia de caracterizar la actividad de los *eSports* como una disciplina deportiva.

Un caso similar, actualmente, se da en Francia donde, con base en la *Loi pour une République Numérique* (o Ley para una República Digital 206-1321 de octubre de 2017) (72) surge el decreto 2017-872 que establece el “Statut des joueurs professionnels salariés de jeux vidéo compétitifs” (o Estatuto de Jugadores Profesionales Asalariados de Videojuegos Competitivos) que se establece un tratamiento especial, desde la óptica del derecho laboral, a la relación entre los clubes o equipos y los jugadores que contratan. El estatuto aborda cuestiones tales como las condiciones de contratación de los jugadores de videojuegos, los mecanismos de terminación del contrato, las fechas de inicio y finalización de las competencias de *eSports*, entre otras cuestiones. Dicho estatuto, además, aporta la definición de jugador de videojuegos profesional y conmina a las empresas (clubes o equipos) que los contraten a solicitar una licencia o autorización especial al gobierno francés para poder operar.

Sin embargo, en un gran número de casos, en países en donde la cuestión aún se encuentra en debate, la relación jurídica entre jugadores y sus clubes o equipos no siempre se encara bajo un esquema laboral. De hecho, las contrataciones se realizan bajo un esquema contractual de prestación de servicios en el ámbito del derecho privado. Cuestiones de vital importancia para el desarrollo de la actividad tales como el reparto de los premios, viáticos y gastos de giras y torneos, provisión de elementos y dispositivos técnicos, la contraprestación en favor de los jugadores, la exclusividad, las condiciones de terminación o desvinculación del jugador, el *sponsor* de terceros, la representación de los jugadores, la cesión de jugadores a otros equipos o clubes, etc., son asuntos que usualmente escapan a las legislaciones laborales de carácter general y deben ser pactadas actualmente entre las partes en forma privada. Es habitual, y esto encuentra también su paralelismo con los jugadores profesionales de fútbol, que los contratos comerciales privados entre jugadores y clubes o equipos de *eSports* versen principalmente en materia de derechos de imagen personal de los jugadores entre otras tantas condiciones y, en menor medida, en los servicios personales o profesionales que estos brindan. Naturalmente, la falta de regulación específica provoca inevitablemente que quienes deban soportar un mayor nivel de riesgo comercial, en este caso los clubes o equipos, quieran minimizarlo eludiendo así las cargas de capital que acarrea una relación laboral.

Más allá de la cuestión económica y financiera que puede implicar para un club o equipo sostener su plantilla de jugadores en calidad de empleados bajo un régimen laboral, no deja de ser cierto que pueden generarse escenarios de desbalance de fuerzas en donde los jugadores afronten una mayor vulnerabilidad. Es por ello por lo que resultaría más adecuada la creación de un régimen especial en materia de *eSports* en donde puedan equilibrarse cuestiones de vital importancia para la actividad, sin dejar de lado la protección de los jugadores en lo que respecta a sus derechos y a su vez, sostener la viabilidad del negocio.

III.7. Discriminación, acoso y falta de inclusión

Sin apartarnos demasiado del tema anterior, es decir, la relación de los jugadores con sus equipos o clubes, y teniendo en cuenta el grado de desarrollo creciente del ecosistema de *eSports* en el mundo, es muy importante abordar cuestiones cruciales que afectan a la sociedad en múltiples ámbitos y llevar acciones de concientización para formar conductas sólidas dentro de la industria tendientes a evitar actos discriminatorios, acosos y falta de inclusión.

Los *eSports* no han sido (ni son) ajenos a ninguna de las prácticas reprochables antes descriptas. Casos como femicidios y acosos han sido denunciados y documentados a lo largo de la existencia de los certámenes de *eSports* en todo el mundo. El reciente caso de femicidio ocurrido en febrero de 2021 de la jugadora brasilera de “Call of Duty Mobile”, Ingrid Oliveira Bueno da Silva (73), conocida como “SOL”, asesinada por un jugador varón llamado Guilherme Alves Costa, demuestra la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres dentro de la industria.

Si bien los actos discriminatorios, el acoso y la falta de inclusión como acciones reprochables desde una multiplicidad de factores son transversales a los *eSports* y no encuentran su origen en ellos sino en conductas sociales perfectamente definidas, resulta imperioso que todos los actores de la industria acuerden e implementen políticas activas, transparentes, efectivas y constantes de concientización para evitarlos y erradicarlos.

En otro caso reciente, esta vez de acoso y manipulación emocional, provocó en marzo de 2021, la suspensión del jugador de Valorant, Jay “Sinatraa” Won del equipo Sentinels (74) y del certamen organizado por Riot Games (75), al ser denunciado por su expareja Cleo Hernández (76). Tanto los responsables del equipo Sentinels como Riot Games, organizador del certamen en el que Won participaba decidieron suspender al jugador hasta que culminen las investigaciones sobre la denuncia.

Entre las múltiples consideraciones que podrían hacerse sobre el caso “Won”, no puede sino resaltarse que las conductas humanas reprobables de los jugadores de *eSports*, en este caso varones, deben ser puestas sobre resalto incluso cuando sus consecuencias directas no se encuentren dentro del ámbito de los *eSports*. La inmediata reacción de los responsables de los equipos o clubes, así como de los organizadores en ocasión de actos de esta naturaleza debería ser política habitual para comenzar el camino del respeto y la inclusión. Si se quieren establecer parámetros objetivos con relación a los valores deportivos y sociales de los *eSports* y que estos puedan realmente ser considerados deportes y a la vez un faro del entretenimiento moderno, el respeto por la mujer, las minorías y los sectores vulnerables, así como su inclusión, deberían ser principios rectores e inescindibles de dicha actividad.

Actualmente, la industria de los *eSports*, y de los videojuegos en general, posee una baja representación de mujeres. Según Natalie Denk (77), esto se debe a varios factores tales como la falta de modelos a seguir, el temor al sexismo, la socialización de género, la no percepción de las mujeres como grupo de interés de la industria de los videojuegos, etc. Todas estas cuestiones no son obstácu-

los insalvables y pueden tener una solución efectiva en la medida en que se tomen medidas efectivas de concientización y educación a la par de las actividades deportivas y comerciales que el mundo de los *eSports* y videojuegos ofrece.

Además, concuerdo con Denk, en que no existe ninguna diferencia de desempeño o comportamiento entre hombres y mujeres en la práctica tanto profesional como amateur de videojuegos, algo que ha sido demostrado numerosas veces desde el punto de vista científico. Esta circunstancia, además, se diferencia de los deportes tradicionales, particularmente por cuestiones físicas. De manera que resulta irracional cualquier tipo de discriminación o falta de inclusión respecto de la mujer en la actividad de los *eSports*.

En muchos países existe normativa específica contra estos flagelos que no deben escapar a la órbita de los *eSports*. En Argentina, la ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios y la ley 23.179 que aprueba la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, son algunos ejemplos claros de herramientas legales en las cuales pueden fundarse políticas efectivas al respecto. A su vez, iniciativas particulares de organizaciones como *Women in Games Argentina* (78) son destacables por sus esfuerzos en la concientización, visibilidad y educación para lograr la inclusión y respeto de la mujer, así como de otros sectores vulnerables y minorías en la industria de los videojuegos y los *eSports*.

III.8. Conclusión

Queda claro que nos encontramos frente a una industria con varios años desde su nacimiento, pero aún en desarrollo y con perspectivas de crecimiento muy marcadas a nivel global. Así como sucedió con varias industrias digitales, la ocurrencia de la pandemia mundial de SARS-CoV-2 o COVID-19, y el aislamiento y distanciamiento social dispuesto en todos los países durante los años 2020 y 2021 potenció notablemente el consumo de videojuegos y el crecimiento de los *eSports*.

Gran parte del entretenimiento de las nuevas generaciones pasará en gran medida por los *eSports* y el consumo de videojuegos a una escala similar a la que hoy en día se consumen eventos deportivos, películas y series en plataformas online. Resulta difícil pensar en los *eSports* y videojuegos como en una burbuja de negocios, tal como fueron las “com” a finales de la década de los ‘90. Las características implícitas de la actividad dejan pocas dudas sobre el éxito comercial que logran organizadores, *publishers* y *developers* día a día y un futuro mediato promisorio se avecina a escala global. La entrada del concepto de *Metaverso* en los últimos tiempos además potenciará la convergencia de diversas disciplinas del entretenimiento masificando aún más la concurrencia de un público cada vez más ávido de este tipo de actividades.

Sin embargo, es importante tener presente que es en estos tiempos en donde resulta necesario y conveniente realizar esfuerzos concretos para ordenar a los diferentes actores de la industria y velar por el respeto de los derechos de todos los involucrados. Es importante que quienes destinan su capital y esfuerzo en la creación, edición, producción, promoción y comercialización de videojuegos y *eSports* vean respetados sus derechos y facultades generando escenarios de seguridad jurídi-

(71) VELESQUEN SÁENZ, Gustavo E., “Los E-Sports desde la perspectiva del derecho del trabajo” Thomson Reuters, TR LALAY AR/DOC/3879/2020, del 19/01/2021.

(72) Artículo 102.

(73) https://www.espn.com.br/esports/artigo/_/id/8230747/cod-jogadora-sol-e-assassinada-em-sao-paulo

(74) <https://www.sentinels.gg/>

(75) https://twitter.com/valesports_na/status/13697

11283197472769?s=21.

(76) <https://www.washingtonpost.com/video-games/esports/2021/03/10/jay-sinatraa-won-suspended-sentinels-allegations/>.

(77) Natalie DENK, investigadora asociada del Center for Applied Game Research de la Donau University Krems en Austria.

(78) <http://www.womeningamesar.com/>.

ca y políticas razonables para el desempeño de una actividad deportiva, comercial, cultural y de entretenimiento como pocas veces se ha visto. Pero no menos importante es respetar los derechos de quienes pue-

den verse vulnerados, acosados, discriminados e incluso puedan poner en riesgo su vida en este ecosistema. Los videojuegos y los *eSports* representan una oportunidad enorme para demostrar que con iniciativas

justas, razonables y equitativas se pueden generar buenos negocios, pero también, educación, cultura, inclusión social y brindarles a las nuevas generaciones una manera mejor para vivir. Dependerá de todos

los involucrados lograrlo, mientras tanto... *Game is [not] over.*

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3012/2022

Puntos de vista

Desbloqueo de valor en los datos abiertos

Una visión para Latinoamérica (caso México)



Jersain Zadamiq Llamas Covarrubias

Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Doctorando en Ciencias en Ciencia de Datos en INFOTEC, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. Profesor en la Universidad de Guadalajara.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Problemáticas jurídicas de los datos abiertos en Latinoamérica (caso México).— III. Conclusiones.

I. Introducción

Los datos son el petróleo del siglo XXI, ya que su aprovechamiento puede lograr una metamorfosis que comienza desde el dato hacia la información, conocimiento y sabiduría; ayudando a los poseedores o propietarios de convertir contextos y significados en valor, comprensiones, conocimientos y previsiones.

Los datos abiertos son datos que cualquiera puede acceder a ellos, usarlos, modificarlos y compartirlos libremente para cualquier propósito, sujeto únicamente a los requisitos para proporcionar atribución y/o compartir de manera similar (1). Deben cumplir con los siguientes criterios: accesible a un costo no superior al de la reproducción, sin limitaciones basadas en la identidad o intención del usuario; en un formato digital legible por máquina para la interoperación con otros datos; y libre de restricciones de uso o redistribución en sus condiciones de licencia (2).

Desde un enfoque de poder público, el derecho a compartir datos públicos se puede dividir en dos partes; uno es el derecho a compartir datos dentro del sector público (entre instituciones), y otro es el derecho a hacer públicos los datos para toda la sociedad, con el fin de ofrecer acceso abierto a los datos públicos (por ejemplo, en México datos.gob.mx). En el mismo orden de ideas, a pesar de que pudiera inferirse que los datos abiertos únicamente son asunto del sector público, también el sector privado participa de manera proactiva, publicando más datos abiertos. Un ejemplo de datos abiertos en el sector privado es la iniciativa *Uber Movement* (movement.uber.com), la cual proporciona datos anonimizados de más de millones de movimientos de transporte.

Pero por más que existan datos abiertos, no son lo suficientemente funcionales, ya que se encuentran datos catalogados como personales o intervienen derechos de propiedad intelectual y/o secretos comerciales (3). Además, no significa lo mismo abierto y valor, así como disponibilidad e importancia, pues si bien la visibilidad de información podrá habilitar datos abiertos para su reutilización, debe precisarse que no todos los datos poseen el mismo valor, especialmente cuando son incompletos, inconsistentes y atípicos al mundo real, por lo que solo se llegará a datos importantes o con valor cuando la información es explotada, es decir, con datos abiertos se tiene visibilidad de la información, pero no todos los datos abiertos son datos con valor, razón por lo

cuál deben existir más formas de acceder a nuevos datos (4).

Ante esto, la Unión Europea (UE) como entidad modelo, cuenta con la directiva 2019/1024 relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (5) cuya finalidad radica en los aspectos económicos de la reutilización de la información, promoviendo la publicación de datos dinámicos e interfaces estandarizadas y límites a cobros para difusión de datos. Pero lo más importante, es que establece una lista de conjuntos de datos de alto valor, definidos como aquellos documentos cuya reutilización de conjuntos de datos se asocia con importantes beneficios para la sociedad y economía, por ejemplo, en el ámbito de movilidad, estadísticas, meteorológico, geoespacial, medio ambiente, etc.

Empero, la UE también es consciente respecto a los límites de los datos abiertos, por lo cual en su Estrategia Europea de Datos (6) ha realizado un énfasis en desentrañar: mecanismos para ampliar la reutilización de datos del sector público que no pueden divulgarse como datos abiertos; un marco de certificación o etiquetado para los intermediarios de datos; medidas para facilitar la cesión de datos con fines altruistas; y mecanismos para coordinar y dirigir los aspectos horizontales de la gobernanza mediante una estructura a escala de la UE.

II. Problemáticas jurídicas de los datos abiertos en Latinoamérica (caso México)

Los problemas en México, e infiriendo que también en Latinoamérica al compartir diversas figuras del derecho, sobre los datos abiertos son dos: primero, la escasez de instrumentos legales específicos vinculantes que garanticen el verdadero despliegue de los datos abiertos; y segundo, la ausencia de una correcta técnica legislativa y razón teleológica normativa, toda vez que estos se pueden encontrar definidos o mencionados en diversos cuerpos legislativos, y en ocasiones pudieran llegar a ser complementarios, pero en otras situaciones contradictorios entre sí.

Respecto al primer punto de escasez de instrumentos vinculantes, debe destacarse que si bien se pueden encontrar los datos abiertos en diversos instrumentos de derecho indicativo o *soft law* como guías, planes, programas etc. Pocos son los instrumentos de los actos formalmente administrativos, pero materialmente legislativos, que cumplan con un fundamento habilitante y su

publicación en el Diario Oficial de la Federación, los cuales oscilan en los siguientes:

-Decreto por el que se establece la regulación en materia de Datos Abiertos (7).

-Guía de Implementación de la Política de Datos Abiertos (8).

-Acuerdo por el que se emite la Política de Transparencia, Gobierno Abierto y Datos Abiertos de la Administración Pública Federal 2021-2024 (9).

Dichos instrumentos definen ciertos conceptos fundamentales y características de los datos abiertos, coordinación entre entidades y dependencias, así como difundir el portal de datos.gob.mx. Además, se establecen los pasos para la implementación de la política de datos abiertos, en relación con planear, publicar, perfeccionar y promover los datos abiertos para toda la sociedad en general.

Respecto al segundo punto de una incorrecta técnica legislativa, existen diversos casos. Por ejemplo, en el art. 3º de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los datos abiertos son definidos como los datos digitales de carácter público que son accesibles en línea, que pueden ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquier interesado y que son accesibles, integrales, gratuitos, no discriminatorios, oportunos, permanentes, primarios, legibles por máquinas, en formato abierto y de libre uso. Y el art. 4º de la Ley General de Archivos los delimita como aquellos datos digitales de carácter público que son accesibles en línea y pueden ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquier interesado.

En dichas definiciones no hay inconveniente de laguna, antinomia o anomia jurídica por ser armoniosas entre sí. No obstante, los problemas comienzan con otras leyes, verbigracia, el art. 18 de la Ley General de Mejora Regulatoria, describe la leyenda de "informes públicos y en datos abiertos". Pero el término datos abiertos es muy amplio y técnicamente debería ser formato abierto. Además, si bien los datos públicos tienen un nexo con los datos abiertos, estos nos significan lo mismo.

Es decir, aunque los datos abiertos podrían ser sinónimo de datos de dominio o datos públicos no son lo mismo, principalmente porque los datos producidos y controlados por el sector público suelen ser datos de dominio privado al principio (documentos internos de trabajo), antes de ser puestos en

el dominio público gracias a las iniciativas de datos abiertos. Además, el sector privado también suministra datos abiertos y por otra parte, estos deben estar en formato estructurado, legibles por máquina y su objetivo es que sean reutilizables sin restricciones, pero en sentido estricto, los datos públicos están en todas partes, y su categoría solo permite ser publicados hacia la sociedad, pudiendo ser datos no estructurados y se desconoce sus requisitos y forma de reutilización.

Otra preocupación son las redacciones de los arts. 28 de la Constitución Federal; 118 de la Ley Federal de Competencia Económica y 178 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, toda vez que abordan las leyendas de "principios de gobierno digital y datos abiertos". Dicho esto, es cuando nace la interrogante ¿Los datos abiertos son un principio? Adicionalmente, los arts. 50 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; y 14 de la Ley de Asociaciones Público-Privadas, indican la obligación de publicar información contenida en la plataforma digital nacional en "formato de datos abiertos", empero, aquí surge una segunda duda ¿entonces los datos abiertos son un formato?

Resolviendo las dudas anteriores, es imperante señalar que los datos abiertos no son únicamente principios, puesto que, en su indeterminación y optimización, si se consideraran principios, favorablemente proporcionarían flexibilidad y adaptación en un entorno de vertiginoso cambio, pero a su vez, no podrían proveer certeza y previsibilidad. Por otra parte, tampoco pueden ser únicamente formato, puesto que la misma Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública define independientemente al término de datos abiertos, que los formatos abiertos son el conjunto de características técnicas y de presentación de la información que corresponden a la estructura lógica usada para almacenar datos de forma integral y facilitan su procesamiento digital, cuyas especificaciones están disponibles públicamente y que permiten el acceso sin restricción de uso por parte de los usuarios.

Hechas estas salvedades, conviene responder ¿entonces qué representan los datos abiertos? y de la manera más clara, la tesis de este artículo radica en que los datos abiertos se basan y fortalecen el derecho fundamental de la sociedad a tener acceso a conjuntos de datos clave, reforzando que los datos abiertos más allá de principios o formatos, son herramientas fundamentales y prerrogativas que fortalecen los derechos de trans-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Open Data Handbook. (s.f.). *Glossary*, <https://bit.ly/3dQFwUn>.

(2) ICO UK. (2012). *Anonymisation: managing data*

protection risk code of practice. Wilmslow Inglaterra, 2012, <https://bit.ly/3giNkjj>, pp. 48-49.

(3) Comisión Europea. (2020). Una Estrategia Europea de Datos. <https://bit.ly/3luC35w>

(4) MAJUMDER, U. K. - BLASCH, E. P. - GARREN, D. A. (2020). "Deep Learning for Radar and Communications Automatic Target Recognition". Artech House, pp. 143-145

(5) Véase <https://bit.ly/3DwgOFX>.

(6) Véase <https://bit.ly/3oUencs>.

(7) Véase <https://bit.ly/3mErADk>.

(8) Véase <https://bit.ly/3mNNW5t>.

(9) Véase <https://bit.ly/3mlzYBK>.

parencia, acceso a la información pública, rendición de cuentas y a la verdad.

III. Conclusiones

No solo es importante cumplir con la disponibilidad de los datos abiertos, sino promover su reutilización por medio de políticas, estándares de clasificación de datos unificados, permitiendo su acceso, pero también promoviendo una interoperabilidad entre datos y sistemas, por ejemplo; descargas, Interfaces de Programación de Aplicaciones (APIs) o cajas de arena (*sandboxes*). Asimismo, catalogar *a priori* datos confidenciales sujetos a secretos industriales, promover formatos legibles por máqui-

nas y licencias abiertas para facilitar la reutilización posterior.

La directiva de la UE respecto a datos abiertos, que incluye una lista de conjuntos de datos de alto valor facilitando la preponderancia de publicación de esta información, incluso sin cargos adicionales, son un ejemplo fundamental para Latinoamérica, y en especial para México, debiendo existir datos abiertos con más valor que otros, cuyos insumos ayudarían a la sociedad en general de una manera más directa.

Desde el aspecto regulatorio, se aboga por un verdadero sistema nacional de datos, y no únicamente una plataforma de

datos, cuyas bases sean las leyes de datos abiertos y legislación sobre acceso a información complementaria, que exijan a las instituciones públicas la divulgación de los datos de manera predeterminada, pero reconociendo aún el derecho de las personas respecto a poder solicitar la divulgación de estos. Consecuentemente, puesto que en una gobernanza regulatoria no solo deben tomarse en cuenta las acciones coactivas para hacer cumplir el orden público, una medida regulatoria progresista serán los incentivos. Estos incentivos deberán conducir a la producción e intercambio equitativo de datos, y la estipulación exacta de reglas sobre licencias y acuerdos de intercambio de datos, pues con estas acciones

se podrá mejorar la disponibilidad y gobernanza del intercambio de datos e incluso incorporar al sector público y sociedad civil.

Finalmente, deberán promoverse nuevos instrumentos legislativos que permitan difundir y reutilizar más datos abiertos, aplicando técnicas de anonimización o desidentificación para poder incorporar datos que *ex ante* contengan datos personales, propiedad intelectual o secretos comerciales, y una vez procesados, sean datos abiertos *ex post*.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3013/2022

Principios y contradicciones en la idea del progreso

“Calma. Mientras tanto, la Tierra seguirá girando alrededor del sol”



Federico M. Aramayo

Abogado por la UNT. Máster en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Docente de Posgrados organizados por la UNT y de la Escuela de Abogados del Estado. Director de Asesoramiento y Contralor de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Tucumán.

SUMARIO: I. A propósito del Progreso. — II. El progreso y sus contingencias. — III. Hacia un porvenir del progreso. — IV. A manera de confesión final.

I. A propósito del Progreso

La historia se encuentra sometida a un proceso tal de aceleración que apenas es posible al hombre atraparla. El individuo existencialmente queda rezagado así en esta realidad cada vez más dinámica y evolutiva.

Surge, con ello, un nuevo conjunto de problemas que involucra a la humanidad toda y que exige de nuevos análisis y nuevas síntesis.

La idea de progreso lleva ínsito un proceso de emancipación progresivo que persigue la planificación de la organización de la sociedad y de sus instituciones. Dialécticamente, discurre entre el sistema de dominación y la tradición cultural comprendida como el conjunto de valores que son utilizados como ideologías o reprimidos como utopías.

Es claro que el devenir del progreso se encuentra necesariamente atravesado por el avance de la técnica (1), constituida por representaciones con contenido lineal y desarrollo acumulativo; y cuya evolución supone un patrón que le es inherente: como si la historia de la técnica fuese una proyección paulatina de la acción racionalmente adecuada a fines y controlada según su éxito.

Esta posición, sin embargo, no es pacífica.

Desde una posición menos alentadora, se sostiene que el desarrollo de la técnica, otorga la extrema manifestación de optimismo radical y promesa de una felicidad universalmente compartida y duradera, representa ciertamente la amenaza de un cambio implacable e inexorable. Lejos de augurar paz y descanso, presagia crisis y una tensión continua: mientras la modernidad avanza

parece arrastrar a la humanidad a su auto-destrucción (2).

Desde el punto de vista del desarrollo histórico, los sistemas de normas sociales se han justificado en la insuficiencia orgánica del hombre para canalizar/sustituir su conservación instintiva por una autoconservación organizada colectivamente.

Cuando se trata de analizar a la sociedad, en general, se da por sentado que la calidad del todo puede y debe medirse por la calidad promedio de las partes. A su vez, si alguna de esas partes se halla muy debajo del promedio, los perjuicios que puedan sufrir no afectarán a la calidad, la viabilidad y capacidad operativa toda.

En ese orden, podrá sostenerse que el aumento de la desigualdad casi nunca se considera una señal de un problema que no sea “estrictamente económico” y en los casos de peligros que acarrea, se priorizarán a “la ley y el orden” dejando de lado los peligros que acechan componentes tan superlativos del bienestar social general como la salud (mental y física) de toda la población, la calidad de vida cotidiana, el tenor de su compromiso político y la fortaleza de los lazos que la integran en el seno de la sociedad (3).

II. El progreso y sus contingencias

A nadie escapa que la seguridad y las finanzas consideradas como bienes públicos por excelencia, necesariamente impactan en la estructura de los sistemas de gobiernos. Ambas representan dominios colectivamente compartidos que unen diversas poblaciones, intereses y preocupaciones, formando una comunidad mundial del destino, la base

de la globalización contemporánea. Como muchos de los recursos infraestructurales, cuando resultan afectadas por desequilibrios estables, la distribución de costos y beneficios se politiza demasiado.

Así, puede sostenerse que la gran influencia de la seguridad y las finanzas sobre el bienestar humano contrasta con una adecuada gobernanza a nivel mundial. Se trata de una disparidad o déficit que se ciernen amenazante de la creciente extensión e intensidad de su ideología en las decisiones políticas. En la práctica, su abordaje y análisis estará concentrado en las acciones adoptadas respecto de los riesgos mundiales, la (no) provisión de bienes públicos globales y el (mal) manejo de los males mundiales (4).

Desde el punto de vista lógico y valorativo, no puede desconocerse que el hombre despliega habitualmente su vida en un medio peligroso y convive con riesgos omnipresentes y estructurales de los que le es imposible escapar.

Los daños provocados en la sociedad moderna por la actividad humana se han multiplicado y los riesgos que por ella se introducen comprometen su integridad y hasta su existencia misma.

Los riesgos de la modernidad repercuten en la arquitectura social y a la dinámica de la política.

Nadie puede escapar a los riesgos y la exploración activa de los entornos de riesgo; se reúnen causalmente en él lo que está separado por el contenido, por el espacio y por el tiempo. Por ello, no se trata simple y llanamente de una descripción del mundo por

parte del observador de primer orden que ve algo positivo o negativo —que constata o echa algo de menos— sino de la reconstrucción de un fenómeno de contingencia múltiple que ofrece diferentes perspectivas a sus diferentes observadores.

Considerado el riesgo desde el presente, el futuro deviene como algo incierto y recién en “los futuros presentes”, será consecuentemente considerado como “deseable o indeseable”: lo que suceda entonces, dependerá de la decisión que se tome en el presente.

En este sentido, puede decirse que el riesgo es un componente necesario de la movilización social y económica en tanto conecta la autonomía individual con la influencia arrolladora del cambio científico y tecnológico. Sin embargo, la oportunidad y la innovación que encierra tienen como contrapeso el valor seguridad y la responsabilidad por las consecuencias dañosas futuras de las actividades presentes (5).

Matriz del Riesgo

Oportunidad	Innovación
Seguridad	Responsabilidad

Según lo señalado, la diferencia entre *riesgo* y *peligro* está dada en la incertidumbre respecto a los daños futuros. Cuando el posible daño sea una consecuencia de la decisión que se tome, se estará ante un riesgo; cuando se juzgue que el hipotético daño pueda ser provocado externamente —se atribuya al entorno por decir ajeno al sujeto—, se estará ante un peligro (6). De ello que, lo relevante del concepto de riesgo sea la posible existencia de un daño contingente, evitable.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) HABERMAS, Jürgen, “Teoría y Praxis” (trad. Salvador Mas Torres y Carlos Moya Espí), Tecnos Madrid, 2002, p. 315. Este autor distingue medidos técnicos de reglas técnicas: “Con la palabra ‘técnica’, nos referimos en primer lugar a un conjunto de medios que permiten una eficaz realización de fines con un ahorro de trabajo, o sea, a instrumentos, máquinas y autómatas. Pero con esa palabra aludimos también a un sistema de reglas que determinan la acción racionalmente adecuada a fines; aludimos, pues, a estrategias y tecnologías. Llamo estrategias a las reglas de elección racional, y tecnologías a

las reglas de la acción instrumental. Las tecnologías son proposiciones que establecen las formas de proceder, pero no son ellas mismas medios técnicos. Medio técnico puede serlo cualquier cosa que se incluya en un contexto de acción instrumental. Pero sólo cuando se apresta para su utilización repetida en determinada función y no se emplea meramente en un caso aislado decimos que es un elemento de la técnica, sean instrumentos, máquinas o autómatas”.

(2) BAUMAN, Zygmunt, “Vida Líquida” (trad. Albino Santos Mosquera), Colección Paidós Estado y Sociedad nro. 143, Paidós, Buenos Aires, 2009, pp. 93-94.

(3) BAUMAN, Zygmunt, “Daños Colaterales. Desigualdades sociales de la era global” (trad. Lilia Mosconi), Fondo de la Cultura Económica, Buenos Aires, 2011, p. 12. Desde lo concreto, existe la tendencia a aplicar a la pobreza, el sedimento más extremo y problemático de la desigualdad social las medidas que suelen corresponder al tratamiento de la delincuencia y a los actos criminales.

(4) STIGLITZ, Joseph E. - KALDOR, Mary, “La búsqueda de la seguridad. Protección sin proteccionismo y el desafío de la gobernanza global” (trad. Julio Sierra). Paidós, Buenos Aires, 2013, p. 464.

(5) Cfr. GIDDENS, Anthony, “La Tercera Vía. La Reno-

vación de la Socialdemocracia” (trad. Pedro Cifuentes Huertas), Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 78. El riesgo no es igual a peligro. El riesgo se refiere a los peligros que tratamos de afrontar y analizar. No se trata de un fenómeno negativo que se traduce en el deber de prevenir o minimizar al peligro. Aun cuando no pueda haber riesgo sin que exista, al menos, un temor residual a un posible daño o una posible derrota, sin riesgo tampoco hay posibilidad de ganancia o de triunfo.

(6) Cfr. LUHMANN, Niklas, “La Modernidad Contingente”, *Consecuencias Perversas de la modernidad* (trad. Celso Sánchez Capdequí), Anthropos, Barcelona, 2007, p. 144 y

Finalmente, a propósito de su irrupción en el derecho, ha surgido justamente una nueva categoría denominada “Riesgos de Desarrollo”.

Los riesgos de desarrollo están vinculados a una actividad o un defecto de un producto cuya inocuidad o nocividad no era reconocible a la luz del estado de conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de desarrollarse o de ponerse en circulación. Estos se distinguen a su vez de las “lagunas de desarrollo” y “defectos de desarrollo”.

Con lagunas de desarrollo se refiere a riesgos que resultaban conocidamente asociados al desarrollo de una actividad o al producto al momento de su puesta en circulación pero que eran inevitables. Si el riesgo es conocido e inevitable, la discusión se centrará en temas como la conveniencia de haber desarrollado la actividad (o puesto el producto en circulación) en vista a los costes y beneficios (y la valoración) que la sociedad haga de ellos. Aquí, el riesgo ha sido aceptado por sus destinatarios por lo que no se defrauda las expectativas legítimas de seguridad. Con defectos de desarrollo se vincula a los riesgos no reconocibles por la mayoría de los sujetos afectados a estos. En este caso, se analizará el grado de información que debió haber suministrado (con más o menos advertencias) quien desarrolla la actividad o comercializa un producto (7).

II.1. Evaluación de los Riesgos

En la evaluación de los riesgos se examinan los cambios en el desarrollo de ciertos acontecimientos y/o sus potenciales consecuencias. Comprende así, la identificación, cuantificación y caracterización de los peligros que pueden ocasionarse a partir de una decisión con posibles consecuencias nocivas en el tiempo.

El hecho de que la palabra «riesgo» tenga significados diferentes mantiene vigente la discusión acerca de si se trata de una evaluación objetiva o subjetiva.

Contra el análisis objetivo de las probabilidades y las consecuencias de los eventos adversos —por lo tanto, de los riesgos— se han alzado muchas ciencias sociales al señalar que esa evaluación (incompleta, en el mejor de los casos, y engañosa, en el peor) se formula a partir de los “resultados de los efec-

tos” de los riesgos y no desde las personas que los experimentan. Esta posición subjetiva sostiene que, aunque estos peligros son reales, no existe en realidad como “riesgos reales” o “riesgos objetivo” (8).

En la evaluación de los riesgos se distingue entre el saber del experto y el del hombre común. Los primeros se basan en modelos teóricos; los segundos, generalmente en evaluaciones más subjetivas y sin rigor científico. En este último caso, se incluyen mayormente aspectos como el temor y la probabilidad que sobrevengan consecuencias fatales (9).

Numerosos estudios han demostrado que la evaluación de los riesgos puede ser cuantificable y hasta predecible. Desde un análisis psicométrico pueden identificarse las similitudes y diferencias entre los grupos hacia la percepción de los riesgos y sus actitudes: cada riesgo tiene un patrón único de cualidades que parece estar relacionada con su riesgo percibido (10). Mientras que la evaluación del individuo carece de cálculos fidedignos y pronósticos infalibles; el paradigma psicométrico propio de los sistemas expertos es ordenado y complejo.

No obstante, ello, la evaluación de los riesgos no puede reducirse a un análisis psicométrico propia de los expertos pues se estarían dejando de lado cuestiones cualitativas propias de la sociedad y del sujeto.

II.2. Percepción de los Riesgos

En abstracto, decir que un riesgo es temido sugiere la idea de temor desde su percepción y no como una explicación de él (11).

Fruto de la inseguridad generada por el entorno social, los riesgos son abordados mediante un comportamiento pendular, incoherente o inconsistente (12). En sí, los contextos cargados de riesgos se perciben como situaciones que evocan una ambigüedad intrínseca con actitudes y respuestas ambivalentes: los riesgos se atraen y repelen, y su respuesta es notablemente variable y cambiante (13).

La velocidad de los cambios del mundo de hoy —en la mayoría de los casos— impide al individuo reflexionar sobre los riesgos a los que se expone: el sujeto es seducido y sacrificado al mismo tiempo en pos de su efímero bienestar.

Cuando el individuo se enfrenta con un riesgo, adopta, generalmente, una actitud emotiva, afectando en gran medida sus juicios tanto respecto de los beneficios como de los peligros. Así pues, cuando se obliga a alguien a tomar decisiones bajo presión opera una relación inversa entre beneficio y riesgo: cuanto menos tiempo se tiene mayormente el afecto domina la situación (14).

En las circunstancias dadas, la confianza reduce la complejidad del mundo exterior dominado por la incertidumbre difusa y desenfocada, la precariedad y la alteración de las rutinas.

La confianza está implicada cuando hay expectativa confiable, por cuanto importa una diferencia para una decisión; de otro modo, solo cabe una simple esperanza. Quien confía, toma conocimiento de la posibilidad del daño excesivo provocado por la selectividad de las acciones de otros y adopta una posición hacia esa posibilidad; el que tiene esperanza simplemente tiene confianza a pesar de la incertidumbre. Así pues, la confianza refleja la contingencia; la esperanza, la elimina. En la primera, la reducción de la complejidad adopta formas especiales a causa de su naturaleza subjetiva. Tales formas pueden describirse como cambios en el nivel en que la incertidumbre se absorbe o se hace tolerable. Se sustituye la certeza externa por la certeza interna y, al hacerlo, eleva la tolerancia de la incertidumbre en las relaciones externas (15).

Otro aspecto que incide en la percepción de los riesgos es la disponibilidad del conocimiento que se tiene de ellos.

Generalmente se sobrestiman los elementos notables y sensacionales, mientras que se subestiman los pocos espectaculares. En efecto, el individuo recurre a atajos mentales que conducen a errores. Está más alerta a los peligros propios de la actividad dejando fuera de la “pantalla cognitiva” los beneficios que de esta puedan derivar (16). Otras veces se considerarán los beneficios de la actividad, y no sus peligros.

Cuando es posible saber de antemano que una actividad o producto presenta riesgos considerablemente bajos, usualmente se piensa que los beneficios son altos; por el contrario, cuando se conoce que los benefi-

cios son altos, existe una tendencia a pensar que los riesgos son bajos. Ello pone en evidencia que la evaluación en estos casos está determinada por el afecto. Además, en tanto mejor sea la información que se tenga de estos, mejor será la respuesta afectiva y más certeros los juicios que se hagan sobre las dimensiones de los riesgos (17).

II.3. Gestión de los riesgos

La gestión de los riesgos está principalmente ligada a los procesos de comunicación, litigio y toma de decisiones tendientes a reducir las pérdidas o minimizar los daños que puedan producirse.

La sociedad genera y domina nuevas fuentes de producción y de destrucción de manera paralela. Las instituciones que en el pasado le permitieron al hombre determinar cuánto era suficiente en términos de seguridad (*how safe is safe enough?*), hoy usualmente le resultan inadecuadas.

Al considerarse la aceptación de los riesgos y los peligros a los que la sociedad —y cada individuo— se expone, solo se establecen mandatos legislativos vagos y procedimientos inapropiados, en parte porque no hay criterios claros sobre los cuales decidir (18).

Para el desarrollo de una gestión estratégica de los riesgos, resulta necesario contar con la información de la evaluación de los riesgos y los factores que han influido en su percepción; evitar su distorsión al momento de la toma de decisiones y tener presente la idea de progreso y desarrollo.

Aunque se advierta que el análisis de los costos-beneficios de los riesgos supone un abordaje superficial, constituye una herramienta necesaria en la gestión de los riesgos. Mediante su implementación puede procurarse que las políticas no sean impulsadas por la histeria o el “sesgo alarmista”, sino por la plena comprensión de los efectos de los riesgos: “a la gente debería permitírsele ver el margen de incertidumbre legítima” (19).

III. Hacia un porvenir del progreso

El camino del progreso se ensaya entre los riesgos y los placebos que lo hagan más directo y ameno. Damos vueltas como trom-

ss. Sin embargo, este autor señala que existen casos en los que la distinción entre riesgo y peligro no es del todo manifiesta, tal el caso de los daños ocasionados al medioambiente. Aquí, los daños refieren a la transgresión de un umbral, a la modificación irreversible del equilibrio ecológico o al comienzo de una catástrofe no atribuible a decisión alguna. “La misma catástrofe ecológica de nuestros días sirve de ejemplo para afirmar que en la acumulación de efectos de la decisión, en las repercusiones a largo plazo no existen decisiones identificables ni condiciones de relaciones causales que susciten los cuantiosos daños; si bien sin decisiones estos no se hubieran producido. En estos casos, solo que se podrá atribuir a decisiones cuando sea concebible una disyuntiva entre diferentes alternativas y la elegida de entre estas aparece como la más factible, indistintamente de si el que decide haya visto o no en un único caso el riesgo o la alternativa”.

(7) Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo - SOLE FELIÚ, Joseph: “Brujos y Aprendices”. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 29.

(8) FISCHHOFF, Baruch - SLOVIC, Paul - LICHTENSTEIN, Sarah - READ, Stephen - COMBS, Barbara, “How Safe is Safe enough. Psicométrico study of attitudes toward technological risk and benefits”, en *The perception of risk*, Earthscan, Londres, 2009, p. 80.

(9) SUNSTEIN, Cass R., “Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente” (trad. José María Lebrón), Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 88-89. Con respecto a los riesgos, la persistente brecha que se abre entre los expertos y la gente común suscita uno de los problemas interesantes de todas las ciencias sociales. Con el fin de entender estas disputas podríamos distinguir entre dos enfoques: el *tecnocrático* y el *populista*. Los tecnócratas tienden a pensar que la gente común se haya a menudo

mal informada y que la tarea de los reguladores es actuar de acuerdo con las ciencias, no seguir la opinión popular. Según el enfoque tecnocrático, la cuestión central es determinar qué muestran los hechos en realidad y educar a la gente cuando se equivoca de modo que no persista en sus errores. Los tecnócratas, por supuesto, reconocen que la ciencia a menudo dejará huecos. Saben que el curso de acción adecuado no puede ser determinado sólo por la ciencia, pero insisten en que los hechos constituyen a menudo la cuestión clave y en que, cuando es así, el gobierno debería seguir los hechos y no las creencias del público. También están convencidos de que, si la gente conoce los hechos, tendrá, en la mayoría de los casos, una idea clara de lo que debe hacer. Por su parte, los populistas, suelen desconfiar de los expertos y pensar que en una democracia el gobierno debería seguir la voluntad de la ciudadanía y no a una elite tecnocrática autodesignada. Según esta última perspectiva, lo que importa para la legislación y las políticas es lo que la gente realmente teme y no lo que los científicos —con sus propios juicios inevitablemente falibles— instan a la sociedad a que haga. Quizás la gente común tenga una especie de racionalidad «espesa» tan valiosa —a su manera— como la de los expertos. Los expertos, por cierto, pueden tener sus propios prejuicios e intereses. Quizás la cuestión sea cómo incrementar el papel del público en la regulación de los riesgos, de modo que el gobierno pueda responder a sus preocupaciones. Los populistas insisten en que la misma caracterización de los riesgos no implican un simple “hecho” sino una cantidad de juicios normativos.

(10) SLOVIC, Paul, “Perception of risk”, en *The perception of risk*, ob. cit., p. 222. Este autor también señala que, “these studies have also shown that the concept of risk means different things to different people. When experts

judge risk, their responses correlate highly with technical estimates of annual fatalities. Lay people can assess annual fatalities if they are asked to (and produce estimates somewhat like the technical estimates). However, their judgments of risk are related more to other hazard characteristic (eg, catastrophic potential, threat to future generations) and, as a result, tend to differ from their own (and experts’) estimates of annual fatalities”.

(11) Cfr. FREUD, Sigmund, “La Angustia” (23a Conferencia), *Conferencias de introducción al psicoanálisis*, Vol. XVI (Trad. José Luis Etcheverry), Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2007, p. 357 y ss. Este autor distingue la angustia de temor. La angustia ha de ser entendida en relación con el sistema completo de seguridad que desarrolla el individuo, más que como un fenómeno situacionalmente específico conectado de riesgos y peligros particulares. El temor es una respuesta a una amenaza específica. La angustia en contraste con el temor es un estado generalizado de las emociones del hombre, se trata de un flotar a la deriva sin sentido específico; el temor, en cambio, tiene su objeto definido.

(12) Cfr. GIDDENS, Anthony, *The Politics of climate change*, Polity Press, Malden, EEUU, 2009, p. 32. Este autor señala: “People tend to worry much more about some risk than others, even though the probability of their occurrence is lower. For instance, after 9:11 many people in America for a while gave up flying in favour of driving. In fact, driving is more dangerous to life and limb than flying; many more people die on the roads each year in the US than were killed in the attack on the Twin Towers. Risk perception is influenced by many factors, including especially the ways in which messages are framed”.

(13) Cfr. BAUMAN, Zygmunt, “Vida líquida”, ob. cit., p. 104.

(14) SLOVIC, Paul, “Trust, Emotion, Sex, Politics and science. Surveying the risk-assessment battlefield”, *The Perception of Risk*, ob. cit., p. 390.

(15) LUHMANN, Niklas, “Confianza” (trad. Amada Flores - Darío Rodríguez Mansilla), Anthropos (coedición Universidad Iberoamericana de México - Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile), Barcelona, 2005, ps. 40-41.

(16) Cfr. MARGOLIS, Howard, *Dealing with risk*, Chicago Press, Chicago, 1997, p. 72. Aquí un factor importante es la aversión a la pérdida; se considera más deseable evitar la pérdida que obtener una ganancia.

(17) SLOVIC, Paul, “Trust, Emotion, ...”, ob. cit., p. 391 y ss. Sin embargo, existen casos en los que el funcionamiento del cerebro permite reacciones emotivas intensas con mínima actividad cognitiva. Las imágenes vividas y los cuadros concretos de desastre pueden “desalojar” otro tipo de pensamientos, incluso el pensamiento decisivo de que la probabilidad de desastre es realmente mínima (Cfr. SUNSTEIN, Cass R., ob. cit., p. 77).

(18) FISCHHOFF, Baruch, *Acceptable Risk*, Cambridge University Press, 1993, p. 4 y ss. Este autor señala “whether formal or informal, examination of the options in a decision problem involves the following five steps: 1) Specifying the objectives, which so measure the desirability of consequences. 2) - Defining the possible options, which may include ‘do nothing’. 3) - Identifying the possible consequences of each option and their likelihood of occurring should that option be adopted, including, but not restricted to, risky consequences. 4) - Specifying the desirability of the various consequences. 5) - Analyzing the options and selecting the best one”.

(19) SUNSTEIN, Cass R., ob. cit., p. 159. Este autor formula ocho proposiciones como base teórica de la utiliza-

pos avanzando sin sentido en el efímero goce que se agotará al próximo giro.

De modo alegórico, añoramos el retorno a ese paraíso original del cual fuimos deserrados; errantes en un mundo que percibimos amenazado a cada instante. En ese contexto de miedo, primero nos parecen sospechosos quienes nos rodean; luego, los extraños (verdaderos portadores y encarnaciones de lo imprevisto e imprevisible) (20).

Se ha sostenido que una justificación de la categoría de progreso exige considerarla tan de cerca, que pierda la apariencia obvia de uso —tanto positivo como negativo—.

Toda caracterización tiene sus equívocos. Solo encierran verdad, las reflexiones que se sumergen en él —manteniendo, empero, la distancia— y que se retraen de los hechos paralizadores y las significaciones especiales.

El progreso exige las formas de su propia “constitución social íntegra” y que advenga “un sujeto íntegro autoconsciente” (21). Justamente, ese abordaje fragmentario de nuestra identidad, en algún momento ha impedido solucionar los problemas del mundo.

La resistencia mental a traspasar las fronteras de las divisiones de la especialidad de sus materias, y en general, la hostilidad a cambiar nociones fundamentales de todo tipo resultó particularmente peligrosa cuando se trató de esbozar una idea sobre la verdad fundamental. Esa fue la suerte de las

desafiantes ideas de Galileo y Darwin contra los dogmas de la Iglesia. En la actualidad este proceso de cambio tiene toda apariencia de seguir adelante.

Progresivamente, hemos ido imitando tecnológicamente todas las funciones de que se compone el proceso circular de la acción instrumental: primero, las propias de los órganos ejecutores (mano y pie); luego las funciones de los órganos de los sentidos (ojo y oído) y finalmente las del órgano de control (cerebro). Así, podrá sostenerse que la técnica de nuevo estilo (entre ellas, la Inteligencia Artificial) pueda desplazar al hombre no solo en sus operaciones sino también en sus funciones de control. Desde otra posición menos fatalista, podrá sostenerse que ese desarrollo inmanente de los medios técnicos, no amenaza a la humanidad y vida del mundo, en tanto pueda determinar por sí misma la dirección y medida del progreso; y el más íntimo y último de sus propósitos.

Es claro que, en ese contexto, la investigación científica por sí sola, no puede poner fin a las contradicciones —y obstáculos de la mente— con sus propias ideas, creencias y suposiciones tácitas. Necesitará un enfoque completamente nuevo, una oleada creativa; nuevos sistemas completos de conceptos y perspectivas que la ciencia ha denominado “paradigmas” (22).

Paradigma es un modo de “ver”, percibir, conocer y pensar que es desarrollado predominantemente por las comunidades científicas y que recoge creencias anidadas en el pensar colectivo que no es científico.

mos antes que un incremento en la regulación. 8.-Salvo que el estatuto lo disponga de otra manera, una revisión judicial de la regulación de riesgos debería requerir una demostración general de que la regulación ha producido más beneficio que daño, sobre la base de una perspectiva razonable acerca de la valuación tanto de los beneficios como de los costos (ps. 159 y ss.).

(20) MORA, Francisco, “¿Es posible una cultura sin Miedo?”, Alianza Editorial, Madrid, 2015, p. 157. Del miedo que se enraza en la pérdida máxima de la vida, esto es la muerte, se desencadenan todos los demás miedos. Desde los miedos innatos que salvaguardan de la pérdida de la supervivencia individual (miedos útiles e irradicables). Los primeros son los “miedos guardianes” que se expresan en esa reacción emocional inconsciente frente a estímulos que ponen en peligro la integridad física, como la amenaza de un animal y el riesgo inminente de muerte. Los segundos son los “miedos verdaderamente humanos”; aquellos cuyo estímulo evocar son los otros. Miedos nacidos en nuestras sociedades y proximidades personales múltiples con los que el hombre ha sido subyugado y amordazado a los demás hombres. Miedos que han atravesado todas

Un paradigma puede surgir originariamente de una ciencia especializada, pero tiene la particularidad de desbordar su lugar de nacimiento, transmitiéndose a múltiples ciencias y disciplinas donde actúa como modelo o principio rector en un momento determinado, deja de ser científico y se transforma en cultural (23).

Desde una nueva perspectiva, la pretensión de progreso debe romper los moldes, los presupuestos y sus configuraciones. Trasciende la creencia de un orden universal, objetivo e inmutable propio de las causas y efectos; y la posibilidad de que la realidad sea una creación de una mente humana en una interacción con otras para entender medianamente la realidad en que se convive. Se trata, en definitiva, de una realidad multidimensional.

No puede dejarse de lado que, en la actualidad, existen desafíos primordiales que tenemos como humanidad. La protección del ambiente y la satisfacción de las necesidades primarias de los pueblos se imponen en la agenda de una planificación imposterizable. Sin embargo, será necesario aclarar que una revolución paradigmática no rompe totalmente con el paradigma anterior, sino que continúa en otra dirección hasta que su nivel de convicción sea irrefutable: “Calma. Mientras tanto, la Tierra seguirá girando alrededor del sol”.

El progreso verdadero no podrá ser reconocido si su finalidad no se identifica con su propio origen. Todo conocimiento no tendrá justificación si no evidencia el Estado Puro

que no solo comprende igualmente el conocer de todos los objetos, sino que participa en una única naturaleza.

La ilusoria separación que damos por sentada a simple golpe de ojo implicará que estamos ante una percepción antropológica con una persistente identificación. Es que la experiencia que tengamos de la realidad no significará que estamos separados de ella sino será de una verdadera antinomia propia de su enorme dinamismo, su omnipotencia y omnisciencia. Los pensamientos no están escindidos sino colapsan en la consciencia (o campo cuántico según el camino metodológico que hayamos invocado).

Cuando puede penetrarse en el Estado Puro, seremos conscientes de su numinosidad.

IV. A manera de confesión final

Nada de lo ensayado tiene sentido y su justificación puede resultar sobradamente ilusoria. Verdaderamente, desde el personaje con el que me identifico he intentado trazar directrices de inmanencia o trascendencia —tal vez un tanto de ambas— de un progreso cuyo objeto final me resulta ambiciosamente inaccesible.

Por ello, si alguien se sintiera tentado a observar mis conclusiones simplemente asumiré que son imágenes de una representación del camino hacia el estado natural o estado puro y no su experiencia.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3014/2022

ción del análisis de costo beneficio: 1.- Los organismos no solo deberían identificar las ventajas y desventajas de los intentos propuestos de reducir los riesgos, sino también tratar de cuantificar los efectos relevantes en la medida en que sea posible. 2.-La descripción cuantitativa debería demostrar, y no desplazar una descripción cualitativa de los efectos relevantes. 3.- Para mejorar la evaluación general, los organismos deberían tratar de convertir valores no monetarios que involucren por ejemplo vidas salvadas, ganancias en salud y valores estéticos. 4.- Los organismos a los que se confía la valuación de la vida y la salud, deberían ser controlados por estatutos o decretos mediante pisos y techos presuntos. 5.- A los organismos se les debería permitir efectuar ajustes en el análisis sobre la base de los diversos factores “cualitativos”. 6.- A los organismos se les debería pedir que demuestren que los beneficios justifican los costos. Si no lo hacen, se les debería pedir que demuestren que la acción es no obstante razonable, sobre la base de una explicación dada públicamente. 7.- En circunstancias ordinarias, la respuesta adecuada al temor social que no esté basado en pruebas y a los efectos de onda con él vinculados, es la educación y el aplacamiento de los ani-

las culturas con las antorchas y los cañones de las guerras, grandes o pequeñas, mundiales o nacionales, locales o gremiales. Guerras que entre y contra los hombres se han instrumentado en conductas siempre salvajes e inmisericordes camufladas con ideas de nobleza, fueran dignidad, patria o religión. Sin embargo, corresponde afirmar que el miedo es algo cerebral que no está en el mundo exterior. El concomitamiento que tenemos en la actualidad del funcionamiento de nuestro cerebro nos proporciona elementos suficientes para formular herramientas experimentales o conductuales de reacciones emocionales inconscientes de los miedos innatos como la elaboración de los sentimientos de miedo, es decir los miedos sociales y culturales. De esta forma puede imaginarse en el futuro un trabajo de psicología y la neurociencia cognitiva, junto con la genética y el estudio de los determinantes ambientales (epigenética, ambiente) logren desentrañar estos procesos creando los cimientos hacia su erradicación (p. 159).

(21) ADORNO, Theodor, “Progreso” (trad. Ramón Bilbao), *Consignas*, Amorrortu/Editores, Buenos Aires, 2003, ps. 27-28. Este autor señala asimismo que, “una justificación teórica del progreso exige un abordaje cer-

cano que suponga la pérdida de la apariencia obvia de su uso, tanto positivo como negativo. Se señala, sin embargo, que esa proximidad dificulta, a su vez, el estudio, ya que el concepto de progreso, más aún que otros, se desvanece con la especificación de qué es lo que propiamente se mienta con él, qué progresa y qué no. Quien se proponga precisar tal concepto, fácilmente destruirá aquello que se apunta”.

(22) BOHN, David - PEAT, F. David, “Ciencia, Orden y Creatividad. Las raíces creativas de las ciencias y de la vida”. (trad. Joseph M. Apfelbäume), Kairos, Barcelona, 2007, p. 29). Estos autores recurren a la obra de Thomas Kuhn de su libro *The Structure of Scientific Revolutions*, ideas que no comparten en su totalidad. Concretamente señalan que Kuhn refiere a una revolución científica como un cambio inconmensurable en los que dos paradigmas resultan contradictorios o incompatibles. Señalan que hubiera sido más beneficioso sostener que se trata de dos sistemas mutuamente irrelevantes.

(23) MIREN, Fernando, “La revolución que nadie soñó o la otra posmodernidad”. Araucaria, Buenos Aires, 2009, p. 216.

Génesis de los juicios telemáticos en España

Javier Ercilla García

Magistrado del Juzgado de lo Social Nº 10, de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. Grupos de trabajo.— IV. Juicios virtuales.— V. Puesta en marcha.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El 31 de enero de 2020, en España se diagnosticó el primer caso de coronavirus SARS-CoV-2, en la isla de la Gomera, un ciudadano alemán que había tenido un contacto estrecho con otro caso confirmado en Alemania.

El 13 de marzo de 2020, el CGPJ, el Ministerio de Justicia y la Fiscalía acordaron los servicios esenciales en la Administración de Justicia durante la fase de contención de la pandemia del SARS-CoV-2.

El 14 de marzo de 2020, se publicó un BOE extraordinario (“BOE” Nº 67, ps. 25.390 a 25.400) con la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma, entrando en vigor el mismo día de su publicación.

A partir de ese día, casi el 90% de la actividad judicial se paralizó, realizándose únicamente los servicios esenciales. La Justicia española, eminentemente presencial, era incompatible con las medidas de seguridad y prevención frente a la pandemia. Las actuaciones judiciales que hubieron de realizarse en estos primeros meses se hicieron de manera improvisada y en algunos casos con evidente falta de garantía judiciales. Ha-

bía que reducir los contactos al mínimo, y la Justicia española carecía de las herramientas regladas necesarias para hacer ello posible.

II. Antecedentes

Hasta el 15 de octubre de 2003, no existe en la legislación española, mención alguna a la posibilidad de llevar a cabo videoconferencias en sede Jurisdiccional. En dicha fecha, se publica en el BOE la Declaración de aplicación provisional del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. En dicha Declaración, su art. 10 reconoce por primera vez la denominada “Audición por videocon-

ferencia” cuando una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro.

Posteriormente, en fecha 24 de octubre de 2003, se modifica la LOPJ, por Ley Orgánica 13/2003, por la que se añade al art. 229, el párrafo tercero, en el que se señala que las “declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas” “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas

geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal¹.

La práctica de videoconferencias resultaba de todo punto tediosa, dado que requería de una labor de auxilio judicial por parte de otro órgano jurisdiccional. Así pues, el Juzgado que pretendía llevar a cabo la videoconferencia, pedía auxilio judicial al juzgado del lugar donde residía la parte, testigo o perito. El Juzgado de residencia, tenía que organizarse al objeto de permitir la realización de dicha videoconferencia, compatibilizando esta con los juicios que se celebraran, dado que los sistemas de videoconferencia solían estar en las salas de vista. Siendo así que las salas de vistas son ya de por sí escasas, si había que compatibilizarlo con la práctica de videoconferencias para juzgados ajenos, los problemas de Agenda de multiplicaban. A ello había que sumar el hecho de que cada comunidad autónoma había desarrollado sus propios sistemas de videoconferencia (fruto de la descentralización de la administración de la Administración de Justicia), los cuales en ocasiones eran incompatibles entre sí, habiéndose de crear “pasarelas”.

Con estos mimbres, el uso de las videoconferencias se había tornado como algo residual y evitable, en cualquier caso, fomentando con ello, bien la renuncia a una prueba, bien la movilidad geográfica de las partes, testigos o peritos.

III. Grupos de trabajo

El 15 de marzo de 2020, España se enfrenta a un confinamiento domiciliario de toda la población, en el que los contactos interpersonales han de ser mínimos, y en los que las sedes judiciales, lugares cuya forma de trabajar puede constituir un foco de contagio.

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, acordó el 2 de abril de 2020, la preparación de un Plan de choque con el que enfrentar la reanudación de la actividad judicial tras el estado de alarma. Los retos para superar pasaban, por una parte, por resolver todo el atasco judicial que durante más de 3 meses se había generado por la paralización de la actividad judicial, y por otra, hacer esto con las mejores opciones y expectativas de seguridad y salud. Así, se aprobaron las “Directrices para la elaboración de un plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, cuyos principios eran los de eficacia, especificidad y globalidad.

La metodología fue la creación de grupos de trabajo de composición variada, tanto de miembros de la carrera, como miembros de la inspección y hasta catedráticos de universidad. Estos grupos de trabajo se repartieron los cinco órdenes jurisdiccionales, encargados de realizar diversas “fichas” con propuestas concretas, identificación de estas, sus efectos y objetivos, las medidas necesarias para su ejecución (legislativa, formativa etc...), el impacto presente y previsible de la medida, la duración de esta y su nivel de prioridad. Estas fichas serían más tarde examinadas y valoradas por los distintos actores sociales y profesionales, y con sus apuntes y valoraciones, se modificarían en lo necesario.

IV. Juicios virtuales

El 6 de abril de 2020 se aceptó la publicación en la *Revista Aranzadi Doctrinal* (1) del artículo denominado “Tribunales virtuales y Procedimiento online: solución de contin-

gencia ante pandemias o evolución necesaria”. En este, se hacía referencia a las experiencias virtuales que habían tenido lugar en la Administración de Justicia China durante su confinamiento, así como la existencia de Tribunales Virtuales como el Cibertribunal de Hangzhou (2), el Beijing Internet Court (3) o el Civil Resolution Tribunal de Canadá; y como estos habían servido como solución de contingencia para no paralizar la justicia en tiempos de pandemia, así como para facilitar el acceso a la justicia —ahorrando costos y simplificando trámites— en tiempos ordinarios. En dicho artículo se proponía la posibilidad de celebrar juicios online, así como la creación de una Jurisdicción Descentralizada, regida por un algoritmo de bomba de dificultad, con verificación de la resolución por los participantes (por mayorías), y en el que la resolución de los asuntos determinara la remuneración por productividad a los magistrados que participaran de ella.

Fruto de ese artículo, en el Grupo de Trabajo de la Jurisdicción Social, comenzó a discutirse a principios de abril de 2020 la posibilidad de incluir una nueva ficha en torno a la posibilidad de celebrar juicios *online*, bajo una denominación que pivotó entre juicios virtuales y juicios telemáticos.

El 8 de abril de 2020 se presentó la primera ficha al grupo de trabajo de la jurisdicción social planteando la “Deliberación, votación y fallo telemático”. En dicha propuesta, se interesaba que los actos de deliberación, votación y fallo de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia y del tribunal supremo, se realizaran a través de medios telemáticos que permitieran prescindir de la presencia de los magistrados en un mismo espacio físico (a efectos de contención de pandemias). Esta propuesta, partía de la adición de un apartado 1 bis, a los arts. 201 y 227 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con el siguiente redactado:

“1 bis. A petición de cualquiera de los Magistrados, la deliberación, votación y fallo podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre tres o más personas geográficamente distantes, con la posibilidad de mostrar la documentación obrante en los autos, así como de la ponencia propuesta, asegurando en todo caso el secreto de las deliberaciones”.

Resulta obvio apreciar que la redacción propuesta, coincide con la definición que de videoconferencia hacía la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 229, el párrafo tercero. Así mismo, la redacción inicial partía de considerar que cualquiera de los magistrados podría solicitar la celebración telemática del acto, sin embargo, posteriormente, la redacción quedó concretada de la siguiente forma:

“1 bis. Las deliberaciones se realizarán preferentemente mediante régimen de presencia telemática, sin exigencia de presencia física de los magistrados en la sede jurisdiccional, cuando los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para ello estén puestos a disposición de la Sala de lo Social para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones”.

Sobre la base de esta propuesta, que se limitaba a actos concretos de deliberación, votación y fallo, en la jurisdicción social, D. Juan Martínez Moya y D. José Fernando Lousada Arochena, el 18 de abril de 2020, elaboraron una propuesta más general, que

abarcaría a todas las jurisdicciones, y más ambiciosa, vinculando no solo actos concretos entre magistrados, sino actuaciones judiciales con los profesionales de la justicia, esto es, juicios, vistas y comparecencias. No se trataba por lo tanto de una propuesta limitada a un ámbito concreto, sino que suponía una apuesta de futuro por un cambio de paradigma en el Derecho Procesal Español.

“Mientras dure la situación de emergencia sanitaria, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, los actos de comunicación, y en general todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante régimen de presencia telemática cuando los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para ello estén puestos a disposición de los juzgados y tribunales y de las fiscalías para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones. En estos casos, los juzgados y tribunales se constituirán en su sede.

Las deliberaciones de los Tribunales se celebrarán en régimen de presencia telemática cuando estén disponibles los medios a que se refiere el párrafo anterior”.

Esta propuesta, presentada al Ministerio, desembocó en el art. 19 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, cuyo articulado es el siguiente:

“Art. 19. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática.

“1. Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

“3. Las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello.

“4. Lo dispuesto en el apartado primero será también aplicable a los actos que se practiquen en las fiscalías”.

Más tarde, por ley 3/2020, de 18 de septiembre, se consagró lo telemático como un elemento más en el Derecho Procesal Español, previendo incluso la posibilidad de “la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido”, garantizando con ello la publicidad de los juicios consagrada en la Constitución (art. 120, CE).

Cabe destacar que tanto la propuesta del Consejo como el artículo definitivo hacen referencia al término “presencia telemática”, siendo este un término que fue objeto de debate a la hora de hacer la propuesta, configurarla y determinar el definitivo artículo en el RD-Ley. Y ello responde a una evolución de nuestro derecho procesal. En el sistema del derecho común, conforme a la Partida III (de las Partidas), el Proceso se caracterizaba porque se realizaba de modo casi exclusivamente escrito. La escritura se erigía, por una parte, como un medio de control o fis-

calización de la actuación del juez, y por otra parte, como un medio de seguridad jurídica. En definitiva, las formas lentas, solemnes y complicadas, eran una garantía para los derechos de los justiciables, y la lentitud que podía existir en la justicia respondía más a un aumento de la litigiosidad o a desviaciones consentidas a los profesionales, que aun problema de base en el procedimiento. Esa idea, estaba en base de las dos leyes de enjuiciamiento civil del siglo XIX, y fue abandonada por la LEC 1/2000 (con el antecedente necesario de la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto Legislativo 2/1995), que opta por la oralidad, frente a la escritura.

Consecuentemente, la oralidad se erige como uno de los grandes avances en la legislación procesal española. Ahora bien, la oralidad implica varias consecuencias, una de ellas es la presencialidad. Dado que las notas que identifican el proceso español son las de oralidad, intermediación, concentración y publicidad. La presencialidad, elemento imprescindible para la oralidad e íntimamente conectado con la intermediación, no es algo de lo que pudiera prescindirse a la hora de regular la realización de actos procesales. La falta de presencia implicaría la ausencia y falta de intermediación propia del procedimiento escrito decimonónico. Por ello, era necesario crear un nuevo concepto de presencialidad, que hiciera a la previsión legal acorde con los principios propios del proceso español.

V. Puesta en marcha

A partir de la publicación del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, el primer juicio telemático que se celebró en España fue el 6 de mayo de 2020. D. Jesús Rodríguez Alcázar, juez de lo Social 1 y Decano de Granada, celebró una vista oral sobre una denegación de prestación de incapacidad.

Desde ese momento, comenzó a multiplicarse la celebración de Juicios telemáticos en todas las jurisdicciones.

En fecha 27 de mayo de 2020, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó una Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas (4) que ofrece pautas y recomendaciones para conciliar la aplicación preferente de estos medios tecnológicos al proceso con el pleno respeto a los principios y garantías que establecen las leyes. Entre otras recomendaciones, se señalaba la preferencia por la que los testigos y los peritos depusieran en la sala y no telemáticamente. Dicha consideración responde al principio clásico de intermediación, en virtud del cual, como señaló Chiovenda, el Juez habría de resolver fundándose en la impresión inmediata que recibiría directamente de los deponentes en el acto, y no por referencias ajenas (5). Así mismo, establecía requisitos técnicos que los sistemas de videoconferencia habían de cumplir para garantizar la eficacia de los actos y los derechos de los justiciables.

VI. Conclusiones

Fruto de todo este camino, a día de hoy los juicios telemáticos se han convertido en una herramienta de agilización de las actuaciones procesales. Actualmente, con los cierres perimetrales a los que se somete a determinadas poblaciones, la asistencia de los letrados a las vistas se hace complicada. A mayor abundamiento, estos cierres suelen producirse en poco espacio de tiempo, lo que dificulta la organización de la agenda, tanto de los tribunales como de los profesionales. Con el antiguo sistema de videoconferencias, que requería de una coordinación entre

(1) ERCILLA GARCÍA, Javier, “Tribunales virtuales y Procedimiento online: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria”. *Revista Aranzadi Doctrinal* N° 5 (mayo 2020) ISSN 1889-4380.

(2) Disponible en: <https://www.netcourt.gov.cn/>.

(3) Disponible en: <https://english.bjinternetcourt.gov.cn/>.

(4) Enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/>

Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas.

(5) CHIOVENDA, “Sul rapporto fra le forme del proce-

dimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)”, publicado primero en la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1924, I, y después en Saggi, II.

juzgados, resultaría imposible la celebración de muchos juicios. En cambio, la posibilidad de que, en cuestión de minutos, puedan concertarse conferencias con letrados, partes, testigos o peritos, agiliza la respuesta ante situaciones inesperadas.

Los juicios telemáticos y la explosión de soluciones informáticas, han permitido que la vía telemática permita la celebración de juicios mixtos, con parte de los justiciables en régimen de presencia física y otra parte en régimen de presencia telemática.

(6) Observaciones sobre la Instrucción del procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853, publicadas en la *Revista General de Legislación y de Jurisprudencia*,

Los juicios telemáticos han supuesto, además, la posibilidad de multiplicar el número de señalamientos, no solo porque actualmente los límites de aforo impliquen una limitación del número de vistas presenciales, sino además porque la innecesidad de utilizar una sala de vista, permite celebrar juicios en los despachos de los operadores jurídicos, o en salas polivalentes, cualquier día de la semana, sin la necesaria coordinación con otros compañeros con los que se comparta sala de vistas.

1854, tomo 3, pp. 13-92, y redactadas por una comisión integrada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados con la asistencia de los exdecanos.

Hoy, la sociedad española no es una sociedad rural, cuyos conflictos hayan de resolverse a través de “fórmulas lentas, graves, solemnes, complicadas y rigurosas” (6), sino que se trata de una sociedad urbana, cuyos conflictos precisan para su resolución de una efectividad práctica.

Igualmente, la sociedad española de hoy no es una sociedad analógica, cuyos conflictos hayan necesariamente de resolverse en persona y plasmarse en papel, es una sociedad digital (7), que hace uso de medios

(7) En el año 2020 en España, el 93,2% de la población de 16 a 74 años ha utilizado Internet en los últimos tres meses, 2,5 puntos más que en 2019. Esto supone un total

electrónicos para relacionarse, alquilar viviendas, celebrar contratos de trabajo etc. El paso de la LEC de 1881 a la LEC 1/2000 fue el paso de un proceso escrito a un proceso oral, como consecuencia de un cambio social, el de una sociedad rural a una sociedad urbana. La creación de un proceso telemático es la consecuencia de otro cambio social, el del paso de una sociedad analógica a una sociedad conectada.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3015/2022

de 32,8 millones de usuarios.

Mano a mano

Abogacía y comunicación en redes sociales



Entrevista a Yamila Cagliero

Abogada (UBA). Especialista en comunicación digital (ETER). *Community Manager* y analista en publicidad digital (Coderhouse).

I. ¿Cuáles son los desafíos más relevantes que enfrentan los profesionales del derecho cuando usan o comunican por redes sociales?

Genéricamente, creo que hoy están confluendo una serie de desafíos desde lo comunicacional que impactan en la tarea de todos los profesionales. Las comunicaciones humanas están mutando.

Durante la mayor parte de la historia el vínculo entre las personas tenía un camino único que iba de lo presencial a otras formas de contacto a la distancia. Este era la única dirección posible en la que concebíamos conocer a las personas con las que interactuábamos. Hoy, estamos en el medio de una revolución digital, y las comunicaciones empiezan a pensarse desde lo digital hacia el afuera. Empezamos a la distancia y, solo en algunos casos específicos, decidimos que nuestro contacto se vuelva presencial.

Esto sucede en todas las relaciones y, sobre todo, en las comerciales y profesionales. La cultura de la prestación de servicios y de la prestación del trabajo del profesional liberal está mutando muy rápidamente. El foco de la comunicación y los medios de relacionamiento con el cliente/usuario también.

Esta realidad colisiona con la histórica característica netamente formal del trabajo de los abogados litigantes; y también con la burocracia de las instituciones. Están colisionando dos mundos diversos, creando un desafío muy importante de adaptación.

En las redes sociales, uno de los principales desafíos para quienes ejercen el derecho es entender su identidad y qué se quiere comunicar. Cuál es el objetivo de la presencia en redes; y cómo queremos conectar con nuestra audiencia.

Establecer estrategias de comunicación sobre la base de un plan de contenidos que nos identifique es indispensable en cualquiera de las redes sociales en las que queramos tener presencia. No basta con publicar cosas, hay que tener una estrategia que nos avale y mantenerla con constancia.

Otro de los desafíos es empezar a pensarlos como una marca. Somos un negocio

que presta un servicio a usuarios (y resalto que hablo de usuario y no de cliente, que es lo mismo, pero diferente) y, como todo negocio, necesitamos fijarnos objetivos claves para poder enfocar nuestros esfuerzos comunicacionales.

Y, por último, medir los resultados para ajustar nuestros objetivos y estrategias. Analizar nuestros datos. En redes sociales no se puede tomar decisiones ni analizar el éxito o fracaso de ninguna acción sin medir nuestras estadísticas.

Contenido de calidad, usuarios, audiencias, objetivos clave, comunicación digital, estadísticas, medición de datos, decisiones objetivas. Las redes están compuestas por todo esto. Y todo esto es un mundo nuevo y desafiante para muchos de quienes estudiamos derecho.

II. ¿Qué particularidades deben tener en cuenta los abogados cuando actúan a título personal y no como profesionales en las redes?

Para tener en cuenta, lo más acertado suele ser tener nuestras cuentas profesionales y personales separadas. Si bien es positivo mostrar la parte humana de la profesión (si esa es la estrategia de comunicación que decidimos utilizar), una cuenta profesional, la de nuestro negocio, tiene que centrarse en este y mantener la identidad de nuestra marca.

En ambas cuentas, hay que cuidar todas las pautas de ética profesional vigentes y tener muy presente que las redes hoy son nuestra carta de presentación y de exposición (aconsejo tener los perfiles personales con acceso privado, no es necesario que usuarios/clientes y contrincantes conozcan al colegio al que van tus hijos, o si estás viajando con tu familia).

III. Los abogados usan actualmente diferentes redes sociales y estrategias de comunicación: ¿es lo mismo lo que deben comunicar en LinkedIn que en Instagram o Twitter por ejemplo?

No, ninguna red social tiene el mismo lenguaje, ni la misma audiencia. Es un error

muy común crear un solo mensaje y compartirlo exactamente igual (hacer *copy/paste*) en todas las cuentas, es decir, sin desarrollar una estrategia de contenidos única para cada canal.

Mientras que en Facebook es conveniente mantener una conexión más humana, muy escrita, menos comercial, y aprovechar al máximo los grupos temáticos; Instagram y TikTok son plataformas visuales, en donde tenemos que enfocarnos a crear contenidos que atraigan interés (que será momentáneo), cuidando la identidad visual y elaborando una historia sobre nuestra marca.

Twitter es sinónimo de efímero, breve e impactante. Acá valen los mensajes sólidos, los temas en tendencia, y mantener mucha conversación con nuestra audiencia.

Para finalizar con las redes sociales más utilizadas, LinkedIn es la red profesional por excelencia y se basa en las relaciones laborales. Es un lugar para mostrar nuestros logros y talentos ante otros colegas y empresas; y hacer redes de contactos útiles. El lenguaje es más formal y no se centra tanto en la venta.

IV. ¿Una estrategia de comunicación jurídica que prescindiera de redes sociales es conveniente en algunos casos o para determinados profesionales?

Tenemos que pensar que todo lo que se encuentra por el buscador de Google es nuestra presentación en la sociedad. El consejo puede ser limitar ciertas interacciones en algunas publicaciones (no permitir comentar, por ejemplo) o evitar canales con los que no nos sintamos cómodos. Por ejemplo, Twitter no es conveniente para quienes no tengan tendencia a saber moderar conversaciones.

Hay que poner foco en qué queremos que las personas vean de nosotros cuando nos buscan.

Y, por otra parte, aún si decidimos no tener presencia en las redes sociales, aconsejo siempre tener nuestro negocio configurado en Google y contar con una página *web* con

canales de contacto y la mejor navegabilidad posible.

V. ¿Existen frecuencias, momentos del día o de la semana ideales, etc., en donde los mensajes impacten más o mejor?

Sí, hay muchas investigaciones generales a nivel mundial sobre los mejores momentos para publicar en cada canal (ejemplo: <https://sproutsocial.com/es/insights/mejores-momentos-publicar-en-redes-sociales/>). Sin embargo, a tener atención en esto, porque es una guía que nos va a permitir hacer pruebas en nuestras cuentas. De esas pruebas debemos sacar estadísticas para saber los números de interacción, alcance y *engagement*, y tomar decisiones para determinar nuestro calendario de publicaciones.

En síntesis: El mejor momento para publicar es cuando tu audiencia está activa y, para saber esto, hay que analizar los números de nuestras cuentas.

VI. ¿Qué es lo que no debe publicar o hacer un profesional del derecho en redes sociales?

Nunca se deben incumplir las normas de ética que rigen la profesión de la que se trate (aunque algunas deban interpretarse conforme el contexto de la comunicación digital, en la medida en que fueron creadas en una realidad totalmente diferente a la actual), y es muy importante cuidar el secreto profesional.

VII. ¿Quisieras agregar algo?

En tiempos de cambios, la adaptación es la clave. No hay que temerles a las nuevas tecnologías ni mantener prejuicios en cuanto a la comunicación y publicidad digital. Si aprovechamos los recursos disponibles de la manera adecuada y nos mantenemos actualizados, por delante solo encontraremos oportunidades. Escuchemos activamente a los más jóvenes, traen experiencias diferentes que nos van a enriquecer y ayudar a ser profesionales más competentes y exitosos en esta nueva realidad.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/3016/2022

Comité consultivo



Hugo A. Acciarri

Director del Programa de Derecho, Economía y Comportamiento, UNS, Bahía Blanca.



Graciela Frigerio

Doctora en Ciencias de la Educación (Universidad de Paris V). Presidenta de la Fundación Centro de Estudios Multidisciplinarios (CEM). Directora del Doctorado en Educación de la UNER.



Eleonora Lamm

Doctora en Derecho y Bioética. Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza.



Walter Sosa Escudero

Doctor en Economía (University of Illinois at Urbana-Champaign). Profesor Plenario y Director del Departamento de Economía de la Universidad de San Andrés. Investigador principal del Conicet. Miembro Titular de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.



Carlos Amunátegui

Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica de Chile.



Melina Furman

Doctora en Educación por Columbia University. Profesora Asociada de la Escuela de Educación de la Universidad de San Andrés e Investigadora del Conicet.



Joaquín Navajas

Director del Laboratorio de Neurociencia de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Profesor e investigador en la Escuela de Negocios de UTDT e investigador de Conicet. Doctor de Neurociencia de la Universidad de Leicester (Reino Unido) y Licenciado en Física por la Universidad de Buenos Aires.



Gonzalo Sozzo

Profesor de Derecho Privado de la Universidad Nacional del Litoral. Director del Instituto de Estudios Avanzados del Litoral.



Armando Andruet (h.)

Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia Argentina de Ética en Medicina.



Diego Golombek

Doctor en Ciencias Biológicas (UBA), Profesor Titular (UNQ), Investigador Superior (Conicet), Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Educación Tecnológica (INET), Premio Konex de Platino 2017: Divulgación científica. Premio Kalinga/Unesco 2015 (máxima distinción mundial en divulgación científica).



Daniel Pastor

Doctor en Derecho UBA. Catedrático de Derecho Penal UBA. Codirector del Instituto de Neurociencias y Derecho INECO. Secretario de investigación UBA. Director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial UBA.



Silvia Stang

Licenciada en Periodismo, a cargo de la sección dominical "Economía y Negocios" del Diario La Nación. Primer premio Adepa en las categorías Judicial (2010 y 2019), Economía (2014, 2017 y 2019) y Solidaridad Social (2016 y 2018).



Isabel Cornejo Plaza

Investigadora en IID, Univ. Autónoma de Chile.



Luz González Gadea

Doctora en Neurociencias de la Universidad Nacional de Córdoba, profesora a cargo del seminario "Neurociencias y Derecho" y miembro del laboratorio en Neurociencias, ambos de la Univ. Torcuato Di Tella.



Teresa Rodríguez De Las Heras Ballell

Profesora titular de derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Sir Roy Goode Scholar en UNIDROIT, Roma, 2021-2022. Miembro del grupo de expertos de la comisión europea sobre New Technologies and Liability.



Pamela Tolosa

Abogada. Magíster en Economía. Decana del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS). Investigadora del Programa de Derecho, Economía y Comportamiento de la UNS.



Juan G. Corvalán

Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial y del Programa de Actualización en Inteligencia Artificial y Derecho, Facultad de Derecho, UBA.



Andrés Hatum

Doctor en Management and Organization, University of Warwick (Inglaterra). Profesor de Management & Organization, Univ. Torcuato Di Tella e IAE.



Isoia Salazar

Fundadora y presidenta del Observatorio del Impacto Social y Ético de la Inteligencia Artificial (OdiselA). Miembro del equipo de expertos del Observatorio de Inteligencia Artificial del Parlamento Europeo.



Teresa Torralva

Doctora en Neurociencias. Directora e Investigadora de Fundación INECO.



Cecilia Danesi

Profesora e investigadora en Inteligencia Artificial, Derecho y Género



Agustín Ibáñez

Director del Centro de Neurociencias Cognitivas de la Universidad de San Andrés, Investigador de Conicet y Senior Atlantic Fellow del Global Brain Health Institute UCSF.



Galo Soler Illia

Doctor en Química (Universidad de Buenos Aires). Director del Instituto de Nanosistemas (Universidad Nacional de San Martín). Investigador del Conicet. Premio Konex de Platino 2013 (Nanotecnología).



Sandra M. Wierzba

Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular de Derecho Civil e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444