



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

Los adultos mayores como sujetos vulnerables (a propósito de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores)

por MAURICIO GOLDFARB

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN. – 3. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. LOS MAYORES OLVIDADOS. – 4. LOS SUJETOS VULNERABLES. LAS REGLAS DE BRASILIA. – 5. LA VULNERABILIDAD COMO DIRECTRIZ DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. – 6. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA CONVENCIÓN. – 7. UN DERECHO CON RECONOCIMIENTO ESPECIAL: EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS MAYORES. – 8. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES. – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 Introducción

El 15 de junio de 2015 la Argentina suscribió, en el marco de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos realizada en Washington, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante “la Convención”)⁽¹⁾. A la fecha de esta nota, la Convención aún no ha entrado en vigencia. Recién lo hará el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Sin embargo, consideramos interesante discutir y difundir las normas y los principios que resultan de esta Convención –muchos de ellos poco conocidos– a

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Anotaciones sobre las pensiones no contributivas a la vejez*, por JOSÉ I. BRITO PERET, TySS, 05/2011-297; *Particularidades del acceso a la justicia en los adultos mayores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, EDFA, 22/15; *Vejez y salud mental: el camino de los jueces hacia la nueva capacidad*, por MARÍA ISOLINA DABOVE y ROSANA G. DI TULLIO BUDASSI, EDFA, 47/1-27; *Los adultos mayores en el sistema internacional de derechos humanos*, por GISELA FERRARI, EDFA, 51/1-12; *La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la ley de salud mental*, por CARLOS MUÑIZ, EDFA, 51/5; *Legislación sobre la tercera edad y medicina en el fin de la vida en Argentina*, por BERNARDITA BERTI GARCÍA, ED, 258-1021; *Ancianos en situación de prisión o detención. Las medidas de acción positiva y el proceder dañoso en el ejercicio jurisdiccional*, por ETEL ELENA MATTESICH, EDCO, diario n° 13.770 del 16-7-15. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Texto oficial disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

los fines de una mejor operatividad de los derechos y las obligaciones en ella reconocidos en el momento de su entrada en vigor.

Este nuevo tratado de derechos humanos sancionado el año pasado es la más reciente incorporación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuyos documentos básicos son la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), el Protocolo de San Salvador en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013).

Los órganos superiores de este sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Derechos Humanos. Pero los deberes que surgen de este sistema supranacional son obligatorios para los Estados miembros y para cada una de las autoridades que integran su estructura organizativa⁽²⁾. Por eso, resulta importante analizar cuáles son los derechos que se reconocen a los adultos mayores y los deberes que se imponen a los órganos legislativos, administrativos y judiciales a partir de la entrada en vigencia de la Convención.

Por todo ello el propósito de este trabajo es repasar las normas principales de la Convención y formular algunas reflexiones sobre las implicancias de la penetración del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos en las distintas instituciones materiales y formales del derecho administrativo⁽³⁾.

(2) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, t. I, III-1 y sigs.; ALBANESE, SUSANA, *La internacionalización del derecho constitucional*, en *El control de convencionalidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2008.

(3) JINESTA, ERNESTO L., *La construcción de un derecho administrativo común interamericano: reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos* en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Año 11, N° 11.

2 El envejecimiento de la población

Antes de iniciar el análisis de las normas de la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores nos parece necesaria una pequeña reflexión sobre el fenómeno del envejecimiento de la población. En nuestro país las personas mayores de 60 años alcanzan el 14,3% de la población (casi 6 millones de personas) según datos del último Censo, realizado en 2010. El grupo muestra un claro predominio femenino, que alcanza el 57% del total⁽⁴⁾.

De acuerdo a los datos publicados por la Organización de las Naciones Unidas, en América Latina y el Caribe el grupo poblacional de personas mayores llegaba, en 2012, a 57 millones y alcanzará 180 millones en 2050 (más de una cuarta parte del total). Pero no solo aumenta el número de las personas adultas mayores, sino que también se extiende el tiempo de su vida. La esperanza de vida al nacer en nuestra región, que en 1950 era de 51 años, alcanzó en promedio los 75 años en 2010 y se espera que siga creciendo⁽⁵⁾.

Esta población, en aumento y con una mayor esperanza de vida, genera una modificación en el ámbito familiar y social y una serie de desafíos a la autoridad estatal. En particular, en lo referido al aumento en la cantidad y calidad de las prestaciones que el Estado debe brindar, en materia previsional y de salud. Considerando esta realidad, es evidente la necesidad de prestar atención a los intereses de las personas mayores y, en especial, a la cuestión de la igualdad y al pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

3 Igualdad formal e igualdad de oportunidades. Los mayores olvidados

El art. 16 de la Constitución Nacional reconoce un principio fundamental de nuestro orden jurídico: “Todos somos iguales ante la ley”. Pero, a pesar de ser iguales ante la ley, en la realidad somos todos distintos. Hombres y mujeres; niños, jóvenes y ancianos; inmigrantes y nacionales; analfabetos, escolarizados y universitarios; saludables y enfermos; ricos y pobres; de distintas etnias y orientaciones sexuales, todo ello en infinitas posibilidades de combinaciones. Por eso, esta igualdad formal resulta a todas luces insuficiente para garantizar una igualdad real de oportunidades, única base para una sociedad más equitativa y justa.

(4) Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC, 2014, pág. 7.

(5) HUENCHUAN, SANDRA (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: Situación, experiencia y desafíos*, México, Cepal, 2012, pág. 11.

CONTENIDO

DOCTRINA

Los adultos mayores como sujetos vulnerables (a propósito de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores), por Mauricio Goldfarb..... 1

JURISPRUDENCIA

COMERCIAL

Intereses: Moratorios: tasa activa. Código Civil y Comercial: Aplicación temporal: pautas (CNCCom., sala F, diciembre 29-2015)..... 3

PENAL

Nulidad Procesal: Pruebas: incorporación de correos electrónicos; inviolabilidad de la correspondencia; protección constitucional; consentimiento del destinatario; empleador; ausencia de autorización para la compulsión; aporte de correo electrónico por el empleador; nulidad parcial del aporte del querellante (CNCrim. y Correc., sala VII, noviembre 25-2015)..... 5

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Comisión Interamericana admite caso contra libertad de enseñanza y religión, por María Inés Franck..... 8

Disputa por la patente de la técnica de edición genética, por Jorge Nicolás Lafferrière..... 8

El reconocimiento de que existen personas y grupos que por su edad, género, raza, religión o condición de salud—entre otras causas— son objeto de discriminación es el primer paso para modificar esta situación. Como hace notar CHAVES CERVANTES, las personas mayores son discriminadas de distintas maneras, tanto en el ámbito privado de su propia familia, mediante el rechazo, el abandono, el maltrato físico y emocional, la ausencia del debido cuidado, como en el ámbito público por la falta de un entorno acorde con sus necesidades físicas, falta de acceso a información y participación, omisión de cuidados de salud pública, deficientes sistemas previsionales y otros modos de exclusión de la vida social⁽⁶⁾.

Todos somos distintos y únicos, pero no toda diferencia, incluso desventaja, es o puede ser reconocida por el derecho, ya que ello resulta materialmente imposible. Entonces debemos preguntarnos ¿cuáles son las diferencias (desventajas) que deben ser relevantes jurídicamente? Consideramos que una pauta es asignar importancia a aquellas diferencias que impiden el goce de los derechos fundamentales. En la Reforma de 1994, el constituyente incluyó un mandato concreto al Congreso de la Nación en el art. 75, inc. 23: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

De este modo, el constituyente advierte que no basta con otorgar una mera igualdad formal para el goce de los derechos y dicta un mandato concreto al Estado, el de garantizar las condiciones para el pleno goce de los derechos fundamentales de las personas más vulnerables, entre las que destaca cuatro grupos: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Estas medidas incluyen las llamadas acciones positivas o de discriminación inversa, por las cuales el Estado facilita el acceso a sectores menos favorecidos.

Si bien escapa al objeto de este trabajo una evaluación de la actuación del legislador en los más de veinte años desde la sanción de la reforma, nos atrevemos a decir que el legislador ha cumplido solo parcialmente con el mandato constitucional. Se han dictado normas trascendentes, como la ley 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y la ley 24.091 de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad. Se han ratificado normas supranacionales muy importantes, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999). También se han difundido los derechos de estos grupos y se han establecido protocolos de actuación especial en los ámbitos administrativos y judiciales. Incluso se ha generado una terminología específica para la tutela de los derechos de los vulnerables, y hoy escuchamos hablar de “violencia de género”, “el interés superior del niño” o la “inclusión laboral”. Pero hay un hecho que nos llama la atención. De los cuatro grupos señalados por el constituyente (los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad) hay uno que ha sido completamente olvidado y es el de las personas adultas mayores⁽⁷⁾. No es necesario destacar la paradoja que significa olvidar (in)justamente aquellos a quienes debemos nuestra vida, nuestra educación y nuestra memoria.

4 Los sujetos vulnerables. Las Reglas de Brasilia

En los últimos años ha surgido con fuerza la categoría de sujetos vulnerables como una forma de garantizar el

(6) CHAVES CERVANTES, LUPITA, *El acceso a la justicia de las personas mayores: nociones, avances y desafíos*, en HUENCHUAN, SANDRA (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: Situación, experiencia y desafíos*, México, Cepal, 2012, pág. 113.

(7) Se han presentado algunos proyectos de leyes de protección integral de las personas mayores, tanto en la Cámara de Diputados como de Senadores de la Nación, especialmente entre 2010 y 2013, pero ninguna ha sido aprobada.

ejercicio pleno de los derechos de las personas incluidas en estos grupos sociales. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁽⁸⁾ han reconocido esta situación. En la Regla 3 se incluye el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

La Regla 4 enumera algunas causas de vulnerabilidad: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

La condición de vulnerable es, entonces, una situación que debe analizarse en cada caso, pero que puede ser determinada sin mayores dificultades. En especial, porque en nuestras sociedades es muy común el caso de vulnerabilidad múltiple: pobreza, discapacidad, género y analfabetismo suelen determinar condiciones que se agravan y potencian.

Las Reglas de Brasilia también contienen una consideración especial a la vulnerabilidad por edad. La Regla 6 establece: “El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”.

Además, como ya hemos visto, esta condición de vulnerable de las personas mayores puede verse fuertemente potenciada por inconvenientes de salud, económicos o culturales que agraven su situación⁽⁹⁾.

5 La vulnerabilidad como directriz de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema ha reconocido la vulnerabilidad como un elemento trascendente a la hora de resolver las causas judiciales. En el caso “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”⁽¹⁰⁾, con el voto conjunto de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, revocó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en consecuencia, ordenó al gobierno local que garantizara a una madre y su hijo discapacitado, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Para resolver de este modo, la Corte destacó que en la Constitución Nacional y en distintos tratados internacionales a los que la República Argentina ha adherido, y también en la propia Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables, como lo son las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo.

Pero, en lo que nos interesa en relación con nuestra materia, el voto de la mayoría sostuvo que los derechos

(8) Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en 2008. Texto completo en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124.

(9) Además de toda la normativa nacional y supranacional citada, la Constitución de la Provincia de Corrientes otorga también una protección preferencial a los menores, ancianos y personas con discapacidad en su art. 43, incorporado en la Reforma de 2007. “Artículo 43: Ninguna persona debe ser discriminada por causa de su edad. El Estado garantiza a los adultos mayores la igualdad real de oportunidades, trato y pleno goce de los derechos reconocidos en esta Constitución, en la Constitución Nacional, en los Tratados y en las leyes. El Estado, mediante políticas sociales, vela por su protección e integración socioeconómica y cultural, tendiente a cubrir sus necesidades específicas y a elevar su calidad de vida, y provee especialmente a la protección de los ancianos que se hallen en riesgo, abandonados y desamparados, dictando políticas de inclusión de forma directa o a través de terceros”.

(10) Fallo del 24-4-12.

fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad⁽¹¹⁾.

6 Los derechos de las personas mayores en la Convención

Hemos expuesto el marco general en el que debe considerarse la situación de las personas mayores. Ahora pasaremos al análisis de algunas de las principales disposiciones de la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores.

El art. 2° define como “persona mayor” a aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor. Entre los principios que inspiran a la Convención, el art. 3° destaca la valorización de la persona mayor, su dignidad, independencia y autonomía. También son principios de interpretación la igualdad y no discriminación, la integración efectiva en la sociedad, el buen trato y la atención preferencial y la protección judicial efectiva.

El art. 5° de la Convención prohíbe la discriminación por edad en la vejez. Además obliga a los Estados a desarrollar planes y políticas para proteger especialmente a quienes son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.

Los arts. 6° a 28 reconocen a las personas derechos que también se hallan reconocidos en otras convenciones sobre derechos humanos para las personas en general, con algunas peculiaridades para las personas mayores. Así, se reconoce expresamente el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, hasta el fin de sus días (art. 6°); el derecho a la libertad de elegir su propio plan de vida y a desarrollarse de manera autónoma e independiente (arts. 7° y 13); a la participación efectiva en la comunidad (art. 8°); a la seguridad y a no ser víctima de ningún tipo de maltrato físico, psíquico o de cualquier tipo (art. 9°), a no ser sometida a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, en general, la interdicción de cualquier tipo de violencia en su contra (art. 10); a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud y a recibir cuidados a largo plazo (arts. 11 y 12); a la libertad de expresión y acceso a la información (art. 14); a la nacionalidad (art. 15); a la intimidad y la privacidad (art. 16); a la seguridad social y al trabajo (arts. 17 y 18); a la salud (art. 19); a la educación y a la cultura (arts. 20 y 21); al esparcimiento y la recreación (art. 22); a la propiedad y la vivienda (arts. 23 y 24); a un ambiente sano (art. 25); a la accesibilidad y movilidad (art. 26); a los derechos políticos (art. 27), de reunión y asociación (art. 28), prioridad de atención ante emergencias o desastres (art. 29) y al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 30).

Estos derechos deben ser garantizados a las personas mayores porque son resultado del propio reconocimiento de su carácter de personas humanas. FERRAJOLI se ha referido a este tema señalando que “los derechos fundamentales son universales, de manera que nadie puede privarse o ser privado o sufrir disminución en los mismos, sin que con ello dejen de ser iguales o universales y, por consiguiente, fundamentales”⁽¹²⁾.

Estos derechos y garantías reconocidos a las personas mayores no solo son exigibles de manera directa, sino que además crean deberes específicos a cargo de los Estados. Los Estados parte deben adoptar todas las medidas legisla-

(11) Ver en especial el consid. 17 del voto de la mayoría.

(12) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.

tivas, administrativas y judiciales necesarias para garantizar a la persona mayor el goce de estos derechos y un trato no discriminatorio y preferencial, desarrollando programas, políticas y acciones concretas en tal sentido.

Estos derechos deben ser aumentados de manera progresiva y de acuerdo a cada legislación nacional (principio de progresividad). Además, los Estados se obligan a lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la Convención y fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor (art. 32). La falta de cumplimiento de tales deberes ocasionará responsabilidad internacional a cargo de los Estados parte. Esta responsabilidad permite que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, pueda presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado parte (art. 36).

Con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y promover la efectiva implementación de la Convención, se establece un mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados parte y un Comité de Expertos (arts. 33 al 35).

7 Un derecho con reconocimiento especial: el acceso a la justicia de las personas mayores

El art. 31 de la Convención establece un derecho que por su importancia y los deberes correlativos que surgen para los Estados merece una mención especial. Este artículo garantiza que “la persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En este aspecto, el derecho no difiere, por ejemplo, de la garantía del art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, para hacer efectiva la garantía, la Convención exige a los Estados parte la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas para garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

Además de la preferencia en el trámite, los Estados se obligan a que la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor. Para lograr tal fin, los Estados están obligados a una debida capacitación del personal encargado de tramitar tales asuntos y la asignación de los recursos presupuestarios necesarios. La consuetudinaria desobediencia de la ANSeS a los fallos judiciales y la cruda realidad del fuero de la Seguridad Social, tantas veces denunciadas, no pueden mantenerse sin cambios, bajo pena de responsabilidad internacional del Estado argentino. Pero, como señala GELLI, resulta más sencillo sancionar o reformar normas jurídicas que modificar costumbres o pautas culturales⁽¹³⁾.

Entre los factores que obstaculizan el acceso de las personas mayores a la justicia pueden destacarse el retraso judicial, los formalismos, las barreras actitudinales, la utilización de un lenguaje excesivamente técnico e incomprensible. En palabras de NIETO: “El estrépito judicial supone un laberinto en el que quizás triunfe el Derecho, pero donde se pierde la Justicia”⁽¹⁴⁾.

Existe un problema adicional en el caso de los órganos administrativos y judiciales que se encargan principal o exclusivamente de reclamos de personas mayores. Por ejemplo, los organismos previsionales o los fueros con competencia en materia previsional. Si todos los asuntos

(13) GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2013, t. II, pág. 235. Ver también el comentario al art. 16 (t. I, pág. 248 y sigs.) en el que la autora señala los problemas que pueden derivar de cristalizar las desigualdades y los estereotipos.

(14) NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.

son prioritarios, resulta evidente que ninguno termina gozando de la preferencia. En este caso, se nos ocurre que deben establecerse protocolos para detectar los casos de vulnerabilidad múltiple o agravada (por salud, género, discapacidad, situación económica), y asignar a estos casos la preferencia y mayor celeridad.

8 Propuestas y conclusiones

Sin que se trate de una lista exhaustiva, se nos ocurren algunas propuestas concretas para poner en práctica los derechos reconocidos en la Convención:

- Ratificar la Convención a través del dictado de la ley respectiva.
- Difundir las normas y los principios de la Convención a la sociedad, en general, y las personas mayores, en particular.
- Capacitar a los funcionarios administrativos y judiciales respecto de las normas y los principios de la Convención.
- Establecer protocolos de atención preferencial y especial para personas mayores y para la detección de los casos de vulnerabilidad múltiple.
- Garantizar la efectiva aplicación de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Identificar los expedientes administrativos y judiciales con un color distinto en la carátula, y en los sistemas informáticos, con un sistema de alerta especial.
- Ajustar la infraestructura administrativa y judicial para hacerla accesible, dotándola de rampas, pasamanos, sillas y sanitarios adecuados.
- Brindar asistencia legal gratuita de calidad para los adultos mayores en situación vulnerable.
- Asignar los recursos presupuestarios para cada una de estas medidas.

Por todo lo dicho, entendemos que la sanción de la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores constituye un paso importante en el reconocimiento de los derechos de los adultos mayores, pero debe, previa ratificación por el Congreso de la Nación, ir acompañada de medidas concretas para lograr la efectiva realización de los derechos en ella reconocidos. Se requerirá un esfuerzo importante y sostenido de la Administración y del Poder Judicial para dotar a sus distintos órganos de las herramientas para otorgar una atención adecuada y preferente a los asuntos planteados por las personas mayores.

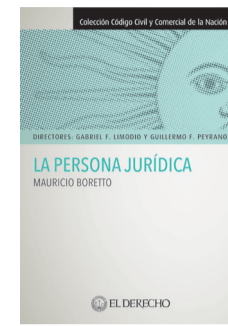
Referencias bibliográficas

- ALBANESE, SUSANA (coord.), *La internacionalización del derecho constitucional*, en *El control de convencionalidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2008.
- CHAVES CERVANTES, LUPITA, *El acceso a la justicia de las personas mayores: nociones, avances y desafíos*, en HUENCHUAN, SANDRA (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencia y desafíos*, México, Cepal, 2012.
- Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC, 2014.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009.
- HUENCHUAN, SANDRA (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencia y desafíos*, México, Cepal, 2012.
- JINETA, ERNESTO L., *La construcción de un derecho administrativo común interamericano: reformulación de las fuentes del derecho administrativo con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 11, Nº 11.
- NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.

VOCES: PERSONA - BIOÉTICA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - CAPACIDAD - SEGURIDAD SOCIAL - TRATADOS Y CONVENIOS

FONDO EDITORIAL

Novedades



MAURICIO BORETTO
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
La persona jurídica
ISBN 978-987-3790-19-5
161 páginas

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

JURISPRUDENCIA

Intereses:

Moratorios: tasa activa. Código Civil y Comercial: Aplicación temporal: pautas.

1 – *Los intereses moratorios deben ser calculados a la tasa activa.*

2 – *No corresponde la aplicación inmediata –a partir del 1-8-15– de la preceptiva concerniente a los réditos moratorios establecida por el art. 768, inc. c), del cód. civil y comercial de la Nación, ya que se trata esta materia recursiva de una situación jurídica –procesal– preexistente a la entrada en vigencia del citado cuerpo legal.*

3 – *Si bien los intereses moratorios producidos a partir del 1-8-15 son una consecuencia no agotada de la relación jurídica y, sobre tal base, deben regirse por la ley nueva, de modo que el art. 768 del cód. civil y comercial es de aplicación inmediata, al día de la fecha no existen reglamentaciones actuales del BCRA que determinen, de acuerdo al inc. c) de dicha norma, cuáles son las tasas aplicables a los intereses moratorios, por lo cual, frente a esta ausencia de reglamentación especial actual, el deber de los jueces de resolver (art. 3º, cód. civil y comercial), y vistos los usos, prácticas y costumbres imperantes, juzgo que, por el momento, procede continuar con la aplicación de la tasa activa usualmente utilizada por este Fuero Comercial (del voto de la doctora TEVEZ). R.C.*

59.017 – CNCom., sala F, diciembre 29-2015. – **Rodacel S.R.L. c. Bodegas Cuvillier S.A. s/ordinario.**

En Buenos Aires a 29 de diciembre de 2015, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “Rodacel S.R.L. c/ Bodegas Cuvillier S.A. s/ordinario”, Expte. COM 17593/2012 en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctora Tevez, Doctor Barreiro y Doctor Ojea Quintana. Habida cuenta que en su oportunidad el doctor Rafael F. Barreiro se encontraba con licencia por compensación de días trabajados en feria judicial, votó en segundo lugar el doctor Juan Manuel Ojea Quintana.

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

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 383/388?

La Sra. Juez de Cámara Doctora *Alejandra N. Tevez* dice:

I. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

a. Rodacel S.R.L. (en adelante, “Rodacel SRL”) promovió demanda contra Bodegas Cuvillier S.A. (en adelante, “Cuvillier SA”) a fin de obtener el cobro de \$ 159.553,65, más intereses y costas.

Relató que dentro del vínculo comercial que la unió con la demandada, realizó varias operaciones comerciales en el año 2007 y le proveyó “caldo de manzana” para la producción de sidra.

Indicó que ante el incumplimiento en el pago de ciertas facturas, las reclamó de modo verbal y luego por carta

documento. Adujo que la defendida, por la misma vía, le cuestionó la calidad de los productos suministrados y la intimó a cancelar el saldo de la nota de débito n° 01-204 así como a reparar los daños y perjuicios acaecidos por los defectos de calidad de la mercadería suministrada.

Negó que el producto que proveyera incumpliera con la calidad requerida así como adeudar suma alguna originada en una supuesta nota de débito.

Señaló la improcedencia y extemporaneidad de los cuestionamientos de su adversaria. Agregó que aquella no formuló reclamo previo sobre el producto, sino hasta después de su intimación al pago.

De seguido, postuló que la ausencia de observaciones a las facturas dentro de los diez días de recibidas, de conformidad con lo establecido en el art. 474.3 del Código de Comercio, las constituyó en cuentas líquidas.

Agregó que cualquier objeción a la calidad de la mercadería debió haber sido formulado dentro de los tres días de su entrega y la determinación de los vicios efectuada por peritos árbitros, conforme arts. 472 y 476 del citado cuerpo legal.

Citó jurisprudencia en tal sentido, ofreció prueba y fundó en derecho su pretensión.

b. En fs. 225/236 Cuvillier SA contestó demanda y solicitó su rechazo con expresa imposición de costas.

Inicialmente negó, entre otras cosas, que: i) realizaran operaciones comerciales sin inconvenientes, ii) el caldo de manzana provisto por la actora fuera de buena calidad, iii) no procediera la emisión de la nota de débito, iv) suscribiera las facturas, remitos y guías, y v) no formulara reclamos en tiempo y forma.

Seguidamente, brindó su versión de los hechos y opuso defensa de compensación.

Reconoció que la demandante le proveyó “caldo de manzana”, materia prima que utiliza para la elaboración y producción de sidra y otros subproductos que se comercializan bajo la marca “Sidra Del Valle”.

Precisó entonces que mantuvo con Rodacel SRL, al igual que con el resto de sus proveedores, un sistema de cuenta corriente en el que se asentaron las facturas, órdenes de pago, notas de crédito y débito, entre otros documentos.

Aclaró que en muchas ocasiones las facturas no guardan una estricta contemporaneidad, siendo emitidas y registradas con posterioridad a la entrega de la mercadería y canceladas mediante pagos genéricos que involucran varias de ellas, generando un sistema dinámico de pagos y compensaciones.

Señaló que la elaboración del caldo de manzana se encuentra sometida a una serie de exigencias de índole técnica establecidas en el art. 1086 del Código Alimentario Argentino (Resolución conjunta SPRyRS y SAGPyA N° 124/2007 y N° 62/2007).

Explicó entonces que como procedimiento habitual, el insumo proporcionado por la accionante fue sometido a una serie de análisis de calidad el 5 y 18 de octubre de 2007 en el CIATI A.C. (Centro de Investigación y Asistencia Técnica a la Industria Agroalimentaria - Asociación Civil) donde se detectó que la “prolina” no reunía los requisitos técnicos exigidos por el Código Alimentario Argentino.

Agregó que los análisis llevados a cabo el 26 de julio y 13 de agosto de 2007 en el INGEIS (Instituto de Geocronología y Geología Isotópica) dependiente del CONICET y de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires, evidenciaron que la “densidad isotópica” tampoco alcanzaba los estándares exigidos por la normativa indicada.

Señaló entonces que tales vicios no pudieron ser advertidos al momento de la entrega de los suministros, sino hasta que se efectuó el análisis técnico. Invocó así la aplicación del art. 473 del Código de Comercio.

Continuó explicando que, a consecuencia de ello, emitió de común acuerdo con la accionante una nota de débito el 24.10.07 por \$ 291.096,48 (N° 0001-00000204) que comprendió, entre otras, las facturas base de la acción, y que fue debidamente registrada y comunicada a la contraria sin que mereciera impugnación alguna, arrojando la cuenta corriente un saldo a su favor de \$ 131.542,83.

En base a ello, opuso la defensa de compensación.

Dijo que acordó verbalmente con su adversaria que el saldo a su favor no sería reclamado y que aquella aceptaría el resultado de los informes de laboratorio y no reclamaría el pago de las facturas.

Agregó que Rodacel SRL contravino el principio de buena fe y doctrina de los actos propios al incumplir el acuerdo y reclamar el pago de las facturas.

Ofreció prueba y fundó en derecho su postura.

c. En fs. 240/241 la accionante se expidió respecto de la defensa de compensación, solicitando su rechazo.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia a fs. 383/388. Hizo lugar a la defensa de compensación y desestimó la demanda, con costas a la vencida.

Para así decidir, consideró incontrovertido el vínculo comercial entre las partes, así como la recepción de las facturas y mercadería allí detallada.

De seguido, razonó que, en base a la prueba informativa y pericial de ingeniería, el caldo de manzana provisto por la demandante incumplió los recaudos necesarios para la correcta elaboración de sidra.

Ponderó asimismo la ausencia de responsabilidad de la accionada por haber constatado el estado de la mercadería y cuestionado su idoneidad (conf. arg. 473 y ctes. Cód. Com.).

Encontró reforzada la solución a través de la prueba pericial contable que dio cuenta del registro de la nota de débito emitida por la accionada en sus libros, que incluyó los montos de las facturas reclamadas y con base en la cual se intimó a la demandante por carta documento sin obtener respuesta concreta.

De otro lado, desestimó las impugnaciones de la actora a la prueba de informes y pericial, por considerarlas simples discrepancias que no lograron desvirtuar su eficacia.

Sobre tales bases, hizo lugar a la defensa de compensación y consideró extinguida la deuda.

III. EL RECURSO

Apeló la accionante a fs. 389. Su recurso fue concedido libremente a fs. 394.

Los fundamentos corren a fs. 409/413 y fueron contestados a fs. 432/433.

A fs. 414 se llamaron autos para dictar sentencia y a fs. 416 se practicó el sorteo previsto en el Cpr. 268.

IV. LOS AGRAVIOS

Se quejó la accionante en tanto consideró que: i) la nota de débito no comprendió las facturas reclamadas, ii) éstas se encontraron conformadas, iii) el cuestionamiento sobre la calidad de la mercadería fue realizado fuera del plazo previsto en el art. 473 del Cód. Com., iv) los análisis técnicos no le resultan oponibles, v) la prueba pericial en ingeniería se basó en los análisis cuestionados, y vi) la demandada consumió el producto adquirido.

V. LA SOLUCIÓN

a. Adelanto que no atenderé todos los planteos recursivos de la recurrente sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (Conf. CSJN, *in re*: “Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 13/11/1986; ídem *in re*: “Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas”, del 12/2/1987; bis ídem, *in re*: “Pons, María y otro” del 6/10/1987; ter ídem, *in re*: “Stancato, Caramelo”, del 15/9/1989; y Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).

b. Inicialmente señalaré que no resultó controvertido que, en el marco de la relación comercial habida, la accionante proveyó caldo de manzana a la demandada para la producción de sidra y emitió ciertas facturas.

Cuvillier SA explicó que la mercadería no cumplía con los requisitos del Código Alimentario Argentino (art. 1086), y que en base a ello, de común acuerdo emitió una nota de débito que comprendió, entre otras, las facturas aquí reclamadas.

Agregó también que acordó verbalmente con Rodacel SRL que ésta aceptaría el resultado de los exámenes del laboratorio y no reclamaría el pago de las facturas emitidas por la mercadería defectuosa, mientras que su parte no exigiría el cobro de las sumas a su favor resultantes de la nota de débito.

El *a quo* hizo lugar a la defensa de compensación. En prieta síntesis, juzgó que: i) los exámenes de las muestras del caldo de manzana y pericial en ingeniería demostraron que el producto resultaba inapropiado para la elaboración de sidra, ii) la accionada cuestionó oportunamente la calidad de la mercadería suministrada (art. 473 y ctes. Cód. Com.), iii) en base a ello se emitió la nota de débito, que se encontró debidamente registrada, y iv) las impugna-

ciones a los informes de laboratorio y prueba pericial en ingeniería no lograron controvertir eficazmente sus conclusiones.

c. Anticipo que propondré la revocación del veredicto de grado en base a las objeciones formuladas a los análisis de laboratorio sobre la mercadería suministrada.

Me explico.

Rodacel SRL impugnó los análisis de laboratorio, contravirtiendo que hubieran sido efectuados sobre el caldo de manzana por ella suministrado.

En tal sentido, indicó que no le resultan oponibles, por cuanto no fue notificada en su oportunidad del procedimiento que se realizaría a fin de constatar que se efectuaba sobre el caldo por ella provisto. Dijo que tal era el único modo de preservar la bilateralidad y su derecho de defensa, como lo prevé el procedimiento establecido en el Cód. Com. 476 (v. fs. 401 vta. último párrafo y 402).

Encuentro que le asiste razón. En efecto, resultó carga de la accionada demostrar los argumentos sobre los cuales estructuró su defensa, a saber: que la mercadería sobre la cual fueron realizados los análisis fue la suministrada por Rodacel SRL.

Sin embargo, lo cierto es que no acreditó la defendida, como era su carga (cpr.: 377) cuál fue el origen de las muestras, y/o que la reclamante hubiera tenido conocimiento de los ensayos o debida participación en los mismos.

Repárese que de los informes suministrados a fs. 268/276 y 287 por los laboratorios Ingeis y Ciati A.C. —sobre los cuales la defendida invocó la inapropiada calidad de la materia prima—, no puede inferirse el origen de las muestras, en tanto ellas solo aparecen identificadas con códigos numéricos sin ningún detalle que indique su procedencia.

Destaco, inclusive, que los estudios de Ingeis fueron realizados entre el 24.7.07 y 11.9.07 (v. fs. 268/270), esto es, con anterioridad a la recepción de la mercadería cuestionada a partir del 26.9.07 (v. fs. 63, 65, 67, 69, 71, 73 y 75 y pericial contable a fs. 302, pto. 3). Esta circunstancia, de suyo, desdibuja el argumento defensivo.

d. Pero hay más. No solamente la demandada incumplió la carga procesal de acreditar que la muestra escogida para realizar los análisis se extrajo de la mercadería suministrada por la accionante (o, en su caso, que aquella fue notificada antes de su realización), sino que tampoco demostró que, a raíz de las negociaciones entabladas —como sostuvo a fs. 228— se hubiera arribado a un acuerdo para la emisión de la nota de débito (cpr. 377).

Ello pues no instó la producción de la prueba testimonial ofrecida a fin de “dar cuenta de lo pactado entre las partes al momento de la determinación de la irregularidad del caldo de manzana” (*sic*; v. fs. 255 vta.), ni al momento de ser proveídas las pruebas en la instancia de grado (v. fs. 253/4) ni en la oportunidad prevista en el cpr. 260.

Recuérdese que para que una nota de débito o de crédito resulte válida, su causa de emisión debe guardar relación con la contratación originaria celebrada entre las partes. De lo contrario, esto es, si el documento fue emitido por la sola voluntad de una de ellas sin la existencia de una circunstancia real y efectiva que hubiera justificado su emisión, el documento carecerá de validez (conf. Rouillon, Adolfo A. N., “Código de Comercio Comentado y Anotado”, t° 1, pág. 621, ed. La Ley, año 2005).

Ello lleva a concluir en la improcedencia de la emisión de la nota de débito “...por dif. en el valor del grado alcohólico por no adecuarse a lo establecido en el código alimentario argentino art. 1086” (*sic*, v. fs. 216).

Por lo demás, señalo que su emisión no fue comunicada a la reclamante sino luego de la intimación al pago de las facturas, tal como lo expresara la accionada a fs. 312.

Sentado que no cupo emitir la nota de débito sobre la cual se estructuró la defensa de compensación, ha de concluirse que las facturas objeto de reclamo permanecen impagas.

e. Condena

Síguese de ello que postularé el acogimiento del recurso y, consecuentemente, la admisión de la acción deducida, con el alcance de condenar a la defendida al pago del capital reclamado de \$ 159.553,65.

f. Intereses

En relación a la tasa de interés que corresponde aplicar desde la mora —que no ha sido precisada en la demanda— postularé la utilización de aquella equivalente a la

tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, en tanto coincido con la doctrina que emana del fallo plenario dictado por esta Cámara en autos “Sociedad Anónima La Razón s/ quiebra s/incidente de pago de profesionales (art. 288)” del 27/10/94 (ED 160-205), con base en los fundamentos desarrollados por esta Sala en autos “Moreno Constantino Nicasio c/ Aseguradora Federal Argentina SA s/ ordinario” el 1.8.13.

Asimismo, a partir del 1.8.15, por las razones que “infra” daré, adelanto que, de momento, propiciaré que se continúe aplicando la misma tasa (conf. args. arts. 1, última parte y 3 del CCyC, conf. mi voto en “Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro p/f Determinados y otros s/ ordinario” del 29/9/15).

En efecto.

De acuerdo con averiguaciones hechas desde esta Vocalía, no hay reglamentaciones específicas del BCRA que establezcan diversas tasas de interés moratorio para las distintas relaciones jurídicas a partir de la entrada en vigencia –el 1º de agosto del corriente año– del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. arg. art. 768 inc. “c”, del CCyC).

Me explico.

Como premisa inicial, sostengo que los intereses moratorios producidos a partir del 01.08.15 son una consecuencia no agotada de la relación jurídica y que, sobre tal base, deben regirse por la ley nueva (conf. arg. art. 7, 1º párrafo, CCyC; conf. Moisset de Espanés, Luis; “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil)”, pág. 19, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976).

Así, desde mi perspectiva interpretativa del derecho transitorio aunado al contenido de las disposiciones del art. 768 del CCyC, los nuevos accesorios devengados por la mora ya no pueden ser fijados de acuerdo a las pautas de los arts. 565 del CCom. y 622 del CCiv.

En este sentido, el art. 768 del CCyC dice sobre los intereses moratorios que: “A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a. por lo que acuerden las partes; b. por lo que dispongan las leyes especiales; c. en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”.

En el caso, no hay tasa acordada por las partes ni dispuesta por ley especial. Así, en este supuesto, la cuestión debe decidirse de acuerdo a lo previsto en el último inciso del transcripto art. 768, es decir, “...por tasas que se fijen según reglamentaciones del Banco Central”.

Desde este enfoque conceptual, las diversas tasas de interés moratorio que el BCRA determine, en su caso, habrán de aplicarse a todas aquellas relaciones jurídicas que no tuvieran una prevista ni por las partes ni por la ley.

Ahora bien.

Pese a que el art. 768 inc. “c” del CCyC resulta de aplicación inmediata, como señalé, al día de la fecha no existen reglamentaciones actuales del BCRA que determinen, de acuerdo al art. 768, inc. c del CCyC, cuáles son estas tasas.

Así las cosas y en este estado inicial de situación, frente a la ausencia de reglamentación especial actual, el deber de los jueces de resolver (art. 3 del CCyC) y vistos los usos, prácticas y costumbres imperantes, juzgo que, por el momento, procede continuar con la aplicación de la tasa activa usualmente utilizada por este Fuero Comercial (“S.A. La Razón s/ quiebra inc. de pago profesionales (art. 288)”, del 27.10.94 y esta Sala F “Moreno Constantino Nicasio c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ ordinario”, del 01.08.13.).

g. Mora

Respecto de la mora, dado que en las facturas base del reclamo solo se especificó “cuenta corriente” sin determinar plazo de pago, resulta de aplicación lo normado en el Cód. Com. 474, segundo párrafo. De allí que propondré que se la fije a partir del décimo día de recepción de cada una de ellas.

h. Las costas del proceso

De conformidad con lo previsto por el cpr. 279, ponderando la modificación de la sentencia de grado que aquí se propicia, procede la readecuación del régimen de costas decidido en la anterior instancia.

Conforme al art. 68 del Cpr., el principio general es la imposición de las costas al vencido, y solo puede eximirse de esa responsabilidad –si hay mérito para ello– mediante un pronunciamiento expreso acerca de dichas

razones, bajo pena de nulidad (conf. Fallos: 328:4504 y 332:2657).

Por ello, y por no advertir motivos suficientes para apartarme del principio establecido en dicha norma, corresponde que las costas del pleito, en ambas instancias, se impongan a la parte vencida (conf. CSJN, “Ferreira, Claudia Alejandra c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Civil y Comercial - varios” 13.3.15).

V. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: i) acoger los agravios plasmados por la accionante y, consecuentemente, revocar el pronunciamiento de grado, condenando a Bodegas Cuvillier S.A. a abonar a Rodacel S.R.L. la suma \$ 159.553,65 (pesos ciento cincuenta y nueve mil quinientos cincuenta y tres con sesenta y cinco centavos), con más los intereses establecidos en el apartado f, desde la mora, a computarse según lo dispuesto en el apartado g; ii) imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdedora; y iii) fijar el plazo de diez días para el cumplimiento de la presente.

Así voto.

El Dr. Juan M. Ojea Quintana dice:

Estimo apropiado aclarar que juzgo, como línea de principio, que no corresponde la aplicación inmediata –a partir del 1.8.2015– de la preceptiva concerniente a los réditos moratorios establecida por el artículo 768, inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, tratándose esta materia recursiva de una situación jurídica –procesal– preexistente a la vigencia del citado cuerpo legal (conf., esta Sala, voto de la mayoría, “Guzmán de San Félix c/ Plan Óvalo y otro s/Ordinario” del 29/10/2015; íd. “López Gregoria c/ Telecom s/Ordinario”, del 19/11/2015; íd., voto del Dr. Ojea, “Pérez Mónica Lourdes c/ Enriquez Miguel Ángel s/ordinario”, del 22/10/2015).

Con tal alcance adhiero al voto precedente.

El Dr. Rafael F. Barreiro dice:

Con el alcance establecido por el doctor Juan Manuel Ojea Quintana, adhiero a la solución propiciada en el voto que abrió este Acuerdo.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) acoger los agravios plasmados por la accionante y, consecuentemente, revocar el pronunciamiento de grado, condenando a Bodegas Cuvillier S.A. a abonar a Rodacel S.R.L. la suma \$ 159.553,65 (pesos ciento cincuenta y nueve mil quinientos cincuenta y tres con sesenta y cinco centavos), con más los intereses establecidos en el apartado f, desde la mora, a computarse según lo dispuesto en el apartado g; 2) imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdedora; y 3) fijar el plazo de diez días para el cumplimiento de la presente.

II. Notifíquese al domicilio electrónico denunciado o en su caso, en los términos del art. 133 CPCC (ley 26.685, Ac. CSJN 31/2011 art. 1º, 38/2013 y R.P. de esta Cámara N° 71/2014) y devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. N° 15/13 y Ac. N° 24/13). – Alejandra N. Tevez. – Juan M. Ojea Quintana. – Rafael F. Barreiro (Sec.: María F. Estevarena).

Nulidad Procesal:

Pruebas: incorporación de correos electrónicos; inviolabilidad de la correspondencia; protección constitucional; consentimiento del destinatario; empleador; ausencia de autorización para la compulsión; aporte de correo electrónico por el empleador; nulidad parcial del aporte del querellante.

1 – El correo electrónico debe ser asimilado a la correspondencia epistolar, y tal vía de comunicación goza de una protección de la privacidad aún más acentuada que la clásica vía postal, desde que su funcionamiento y utilización requiere indispensablemente de un prestador del servicio, el nombre

FONDO EDITORIAL

Novedades



JULIO A. GRISOLIA
ELEONORA G. PELIZA

**El Derecho Individual
del Trabajo en América Latina**

ISBN 978-987-3790-16-4
553 páginas

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

de usuario y una clave de acceso destinados a impedir que terceros se entrometan en los datos y contenidos que se emiten y reciben; tal protección viene dada por normas de rango superior (arts. 18 y 19, CN; 11, puntos 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17, puntos 1 y 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (del voto del doctor CICCARIÒ).

2 – En el terreno del denominado correo electrónico corporativo –esto es, la casilla de correo provista por el empleador– es preciso armonizar la expectativa de privacidad que cuenta con protección constitucional con el lógico ejercicio de facultades que la ley otorga al empleador en orden al normal funcionamiento de la empresa, pero bien entendido que los propios controles personales a que está facultado el empleador deben ejercerse con razonabilidad y respetando la dignidad del trabajador (art. 70, Ley de Contrato de Trabajo 20.744) (del voto del doctor CICCARIÒ).

3 – Si el empleador cuenta con fehacientes facultades de control para el funcionamiento de la empresa, debidamente conocidas por el empleado, no se aprecian dificultades para la incorporación de prueba al respecto, alternativa que no se ve configurada en el caso sometido a estudio (del voto del doctor CICCARIÒ).

4 – La inviolabilidad de la correspondencia epistolar encuentra protección en el art. 18 de la CN, y no puede ser objeto de una intromisión extraña causada por un particular, pues esa facultad de intervención solo es válida mediante orden de juez competente, una vez iniciada una causa en contra de la persona (art. 234, cód. procesal penal) (del voto del doctor SCOTTO).

5 – Dentro de los derechos de una persona, ya sea como derivación del de la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad, existe un derecho a que se respeten, por parte del Estado, aquellos ámbitos privados en los que sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan; esa expectativa de respeto a los ámbitos privados se veía claramente reflejada en que el correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal –que, por otra parte, sí posee garantía de protección expresa en el art. 18 de la CN–, ya que para su funcionamiento se requiere de un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso que impide el acceso de terceros a él (del voto del doctor SCOTTO).

6 – Al no haber previsión legal ni autorización que faculte la compulsión del correo laboral por parte del empleador sin conocimiento del trabajador al que le fue asignada la casilla respectiva, no puede aquel ingresar a esta para conocer su contenido, pues el hecho de que se le haya entregado al empleado una clave personal de su exclusivo conocimiento le ha generado una expectativa de privacidad que tiene primacía y protección (del voto del doctor SCOTTO).

7 – La garantía constitucional que protege la inviolabilidad de la correspondencia epistolar ampara, por regla, los mensajes librados mediante el sistema de correo electrónico, incluso si estos fueran cursados desde o hacia las casillas que un empleador provee a sus dependientes para el cumplimiento de sus tareas (del voto del doctor DIVITO).

8 – Las particulares características del correo electrónico, en tanto posibilitan el intercambio simultáneo entre más de dos

personas, imponen ponderar cuidadosamente esta circunstancia al evaluar los alcances de las expectativas de privacidad que gozan de protección constitucional, pues estas –razonablemente– conducen a excluir a los terceros del círculo de quienes se hallan facultados para acceder al mensaje, mas no a aquel que se encuentra entre sus destinatarios (del voto del doctor DIVITO).

9 – Corresponde confirmar la resolución recurrida en cuanto declara la nulidad del aporte de los correos en los que se produjo un intercambio de comunicaciones, tanto entre los encausados como entre uno de estos y terceros (quienes manifestaron no haber autorizado su presentación judicial), pues se ha vulnerado el derecho de los imputados por la parte querellante con dicho aporte, y revocar parcialmente la nulidad decretada respecto de los correos electrónicos en los que la parte querellante fue incluida como “copiada” (“CC:”) por los imputados, pues esa decisión voluntaria de incluirla entre los destinatarios –aunque sea secundaria– importó la voluntad de notificarla del contenido, por lo que no se afecta el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia (de la mayoría integrada por los doctores SCOTTO y DIVITO).

10 – Corresponde confirmar la resolución recurrida que declaró la nulidad de la incorporación de los correos electrónicos aportados por la parte querellante (de la disidencia parcial del doctor CICCARI). A.L.R.

59.018 – CNCrim. y Correc., sala VII, noviembre 25-2015. – P., H. C. Nulidad. Defraudación (causa n° CCC 27462/2014/1/CA1).

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2015

Y Vistos:

Convoca al Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante contra el auto documentado a fs. 154/159 de este incidente, en cuanto se declaró la nulidad de la incorporación de los correos electrónicos cuyas fotocopias lucen a fs. 26, 27, 30, 46/55, 62/3, 64, 65/6, 67, 68/70, 71, 72/4, 75, 76/7, 92, 93/4, 95/6, 97, 98/100, 101, 102, 103/4, 105/6, 107, 108/9, 110/1, 112/4, 115/6 y 117 (incorporados en el principal a fs. 382, 383, 386, 871/80, 887/8, 889, 890/1, 892, 893/5, 896, 897/9, 900, 901/2, 917, 918/9, 920/1, 922, 923/5, 926, 927, 928/9, 930/1, 932, 933/4, 935/6, 937/9, 940/1 y 942, respectivamente).

El juez Juan E. Cicciaro dijo:

Al respecto, se comparten sustancialmente las fundadas razones proporcionadas por la señora juez de grado.

A contrario de lo insinuado en la apelación (fs. 172), oportunamente he sostenido que el correo electrónico debe ser asimilado a la correspondencia epistolar (causa N° 33.649, “F., F.”, del 7-4-2008) y que tal vía de comunicación goza de una protección de la privacidad aún más acentuada que la clásica vía postal, desde que su funcionamiento y utilización requiere indispensablemente de un prestador del servicio, el nombre de usuario y una clave de acceso destinados a impedir que terceros se entrometan en los datos y contenidos que se emiten y reciben (causa N° 35.369, “A., C.”, del 9-10-2008).

En efecto, tal protección viene dada por normas de rango superior (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional; art. 11, puntos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 17, puntos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Si ello no admite mayores hesitaciones en los ámbitos de desarrollo exclusivo de la personalidad, tales como las casillas de correo personales, ciertas discusiones han aparecido cuando se ingresa en el terreno del denominado *correo electrónico corporativo*, es decir, la casilla de correo provista por el empleador, pues en tal caso es preciso armonizar la expectativa de privacidad que, como se vio, cuenta con protección constitucional, con el lógico ejercicio de facultades que la ley otorga al empleador en orden al normal funcionamiento de la empresa, bien entendido que los propios controles personales a que está facultado el empleador deben ejercerse con razonabilidad y respetando la dignidad del trabajador (art. 70 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744).

En ese sentido y en el marco de la armonización aludida, entre los extremos que podrían importar, de un lado, una revisión sin restricciones por parte del empleador, y del otro, la imposibilidad absoluta de ejercerla, es razonable examinar cada situación que se presente a partir de la existencia o no de pautas claras, fehacientemente conocidas por el empleado con anterioridad al inicio de su desempeño –notificación, manual de instrucciones o una

reglamentación interna–, en torno a la posibilidad de realización de inspecciones o compulsas en aras de establecer los datos o contenidos que pudieren existir en los correos electrónicos.

Esta idea de consentimiento es traída, inclusive, por la novel legislación civil, pues bajo el epígrafe de “Correspondencia”, prescribe que “La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial” (art. 318 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En consonancia con ello, la mentada Ley de Contrato de Trabajo dispone en su art. 86 que “El trabajador debe observar las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el modo de ejecución del trabajo...”, de suerte tal que el incumplimiento de una carga en cabeza del empleador –esa formulación de órdenes o instrucciones– en torno al previo anoticiamiento de la posibilidad de compulsar los correos electrónicos que se emitan o reciban en el marco de una casilla corporativa, no puede ser cargado a la cuenta del empleado, con las derivaciones que pudieren emerger en el ámbito de las prohibiciones de valoración probatoria en materia penal.

Dicho de otro modo, si el empleador cuenta con fehacientes facultades de control para el funcionamiento de la empresa, debidamente conocidas por el empleado, no se aprecian dificultades para la incorporación de prueba al respecto, alternativa que no se ve configurada en el caso sometido a estudio.

Al cabo, no luce dirimente el hecho de que al empleado se le haya otorgado un nombre de usuario y una clave personal, porque inclusive ello bien puede obedecer a elementales razones de seguridad en orden a evitar perjuicios para la empresa por acciones de personas ajenas a ella, sino que la expectativa razonable de privacidad se conecta con la circunstancia que gira en torno a si el empleado sabía o no, fehacientemente, que el empleador contaba con la legítima posibilidad de acceder a tales correos.

De ahí que se haya proyectado una reforma a la Ley de Contrato de Trabajo, con la incorporación del art. 86 bis, por el que si bien se reconoce la titularidad del empleador sobre el correo provisto al empleado, la facultad de acceder y controlar la información, y la prohibición de su uso para fines personales del empleado, se prevé que el empleador no puede prohibir el uso de cuentas personales y además deberá notificar fehacientemente al empleado su política respecto del acceso a los correos, tanto laboral como personal (ver Nager, Horacio S., “Análisis dogmático de los tipos penales previstos en la ley 26.388”, en *Derecho Penal. Delitos informáticos*, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-Infojus, Año III, N° 7, p. 75, con cita de <http://www.profesional.com/notas/70004-Proyectede-ley.html>).

Justamente, en el curso de la apelación se alude a un proyecto de ley que habría elaborado la Secretaría de Comunicaciones (fs. 173), lo que viene a demostrar que a falta de regulación más específica al respecto debe estarse a la protección de la privacidad, si el empleado razonablemente puede entender que se trata de una casilla que incluye comunicaciones que exceden lo estrictamente laboral.

En ese sentido y en el ámbito del derecho norteamericano, se ha dicho que “el empresario puede blindarse frente a las posibles acciones por vulneración de la privacidad mediante la comunicación oportuna del programa de monitorización que se vaya a llevar a cabo” (Agustina Sanllehí, José Ramón, *Privacidad del trabajador versus Deberes de prevención del delito en la empresa*, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2009, p. 114).

En el caso, tal aleccionamiento de los imputados no fue invocado en el marco de la audiencia oral ni surge de las constancias de la causa analizadas, y por ello es que los correos electrónicos aportados no pueden ser usados como prueba.

En este contexto debe puntualizarse que H. C. P. expresó que como asesor financiero de “S. e. e. H. S. R. L.” no se desempeñaba en las oficinas de la empresa (fs. 1989) y sería asesor de otras (fs. 1742), sin que por su contratación se firmara convenio alguno (fs. 1549 y 1691), en tanto J. A. D. afirmó que trabajaba para P. como cadete en la oficina ubicada en ..., de esta ciudad (fs. 1537).

Así, de la compulsas de los correos electrónicos es posible extraer, de un lado, aquellos vinculados a un intercambio de comunicaciones entre los encausados H. C. P. y P. A. A. y, de otro, el tráfico concretado por A. con terceros (P. D. V., F. E. R., P. V. A., N. A. M. R.), quienes expresamente no autorizaron el uso de sus correos (fs. 125, 138, 139, 140/141).

Por otra parte, en torno a los correos electrónicos en los que la recurrente fue incluida como “copiada” (ver detalle de fs. 157 vta., segundo párrafo), también se comparte la conclusión de que su incorporación no puede validarse, pues en coincidencia con lo argumentado por la magistrada de la instancia anterior, en el particular caso de autos, al compulsarlos se advierte que fueron obtenidos de la casilla privada de la encausada A.

Debe destacarse, además, frente a la argumentación que surge de la apelación (fs. 169 vta.), que no es relevante el hecho de que los correos pudieren contener datos sólo vinculados a la empresa y no con aspectos de la personalidad de quien los emite o recibe, pues lo que se encuentra vedado es el propio acceso. Tampoco la supuesta necesidad de reconstruir el estado de la empresa debe ser identificada con una situación de flagrancia, además de que la norma invocada a fs. 167 vta. (art. 285 del Código Procesal Penal) se vincula con una alternativa distinta, que es la aprehensión de sospechosos de un delito flagrante. Por lo demás, no se evidencian circunstancias extremas que pudieran justificar lo actuado.

En consecuencia, cabe confirmar lo resuelto, con costas de alzada por su orden, pues la razón plausible para litigar viene dada por la existencia de posturas divergentes sobre el acceso del empleador al correo electrónico corporativo (art. 531 del Código Procesal Penal).

El juez Mariano A. Scotto dijo:

Al respecto, se comparten sustancialmente las razones desarrolladas por la señora juez de grado, pues con independencia de la relevancia que la parte acusadora particular le atribuye a los *e-mails* enviados o recibidos mediante el empleo del servidor s...com.ar, del que resulta titular, los argumentos recursivos no desvirtúan el hecho de que su inclusión en el proceso sin orden judicial en tal sentido, afecta el derecho a la privacidad con que cuenta toda persona.

Sobre el particular, cabe recordar que la inviolabilidad de la correspondencia epistolar encuentra protección en el artículo 18 de la Constitución Nacional, y no puede ser objeto de una intromisión extraña causada por un particular, pues esa facultad de intervención sólo es válida mediante orden de juez competente, una vez iniciada una causa en contra de la persona (art. 234 del Código Procesal Penal).

En tal sentido, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano sostuvieron en su voto conjunto, en el precedente “Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus” resuelto el 19 de octubre de 1995, “Que la inviolabilidad de la correspondencia epistolar configura un derecho cuyo reconocimiento puede hallarse en las raíces mismas del ordenamiento jurídico patrio... La Ley Fundamental que en 1853 selló la definitiva organización nacional, resulta, en tal sentido, fiel custodia de tan preciosos legados: ‘es inviolable... la correspondencia epistolar y los papeles privados’ (art. 18). Ya en los más tempranos comentarios fue expresado: es preciso ‘que los individuos de un país se crean tan seguros en el uso de la estafeta pública que miren como no emanados de su mente sus pensamientos mientras los renglones que los estampan estén bajo el frágil pero inviolable sello de una carta, y no haya llegado ésta a la persona a quien se transmite... Los países que más prósperos marchan son los que más religioso respeto tienen por esta institución...’ (Sarmiento, D. F., ‘Comentario de la Constitución de la Confederación Argentina, en Obras Completas de Sarmiento’, Bs. As., 1895, t. 8, pág. 192)” (pto. 5°).

También reposa la protección epistolar en los artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y demás tratados internacionales con jerarquía constitucional (arts. 14, 18 y 75, inc. 22).

Claro que, tal resguardo constitucional se extiende a las nuevas formas de comunicación epistolar, que en el

caso se traduce en el correo electrónico, aunque no esté incluido expresamente en la Carta Magna. Sobre esto, el más alto Tribunal del país señaló que “al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra ‘el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante –correlativo al principio general del art. 19– en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público’ (ver ‘Fiorentino’ Fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente” (Q. 124. XLI. Recurso de hecho “Quaranta, José Carlos s/inf. ley 23.737”, causa n° 763, resuelta el 31 de agosto de 2010).

Por su parte la doctrina, con relación al alcance de la salvaguarda del *e-mail*, citando a Alberto Bianchi (“Habeas Data y derecho a la privacidad”, El Derecho, 16/2/95) ha señalado “que la previsión constitucional no puede en este caso ser interpretada literalmente...el hecho de que sólo se mencione el domicilio o la correspondencia particular no significa que otros ámbitos privados estén fuera de la protección del art. 18. En definitiva, éste alude a todo lo que es privado o reservado de una persona...” (Palazzi, Pablo A., *Delitos Informáticos*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 251).

A similar conclusión arribó la Sala VI de esta Cámara al entender que “...dentro de los derechos de una persona, ya sea como derivación del de la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad, existe un derecho a que se respeten por parte del Estado aquellos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan... esa expectativa de respeto a los ámbitos privados, se vería claramente reflejada en que el correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuadas que la tradicional vía postal –que por otra parte, sí posee garantía de protección expresa en el art. 18 de la CN– ya que para su funcionamiento se requiere de un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, que impide el acceso de terceros a él” (causa nro. 42.366, “M., N. A. y otros s/nulidad”, del 5-10-2011, y sus citas).

Sentado ello, cabe discernir entonces, si lo dicho abarca el contenido del correo electrónico laboral o, por el contrario, éste puede ser monitoreado y revisado por el empleador sin necesidad de autorización expresa del empleado o de una orden emanada de la autoridad judicial competente.

Cierto es que se trata de una cuestión controvertida en jurisprudencia y doctrina, pues no existe una disposición legal que dirima tal extremo. Quienes defienden “este tipo de controles empresariales se basan en la titularidad de los medios de producción por parte de las empresas. Al respecto afirman...que los equipos, el *software* y la titularidad de las casillas de correo electrónico pertenecen a la empresa y consecuentemente el uso por parte del trabajador es una cesión de la empresa hacia éste, y en tal posición la empresa posee derecho a tal control... Sin embargo [esta postura] no es pacífica... ya que muchos autores afirman que el control empresario implica una indebida intromisión en los derechos de privacidad del trabajador. Se basan para ello en disposiciones constitucionales y normativas legales, que garantizan el secreto de las comunicaciones y la privacidad de las mismas” (Fernández Delpech, Horacio, *Internet: Su problemática jurídica*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, págs. 227/228).

Por su parte, la Ley n° 20.744 de Contrato de Trabajo establece que la relación laboral se rige por los derechos y deberes inherentes a las partes (art. 62), en base al principio de buena fe (art. 63), y con la facultad de organización, dirección y control personal del empleador (arts. 64, 65,

70, 71 y 72). Tampoco se puede dudar de que, en la actualidad, el correo electrónico que provee la empresa también es una herramienta de trabajo en el sentido del art. 84 de la misma norma (al respecto, ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, causa n° 16217/02 “V., R. c/V. S. A. s/despido”, del 17/11/03).

Bajo ese marco es que corresponde analizar los intereses en pugna, sin “perderse de vista que las condiciones de confidencialidad de acceso por parte del empleador al ‘correo-herramienta’, otorgado al trabajador como consecuencia de una relación laboral deben ser amplias. Si una empresa no tiene una política clara en el uso de esta herramienta, no advirtiendo al empleado que dicho uso debe ser realizado exclusivamente en función de su actividad laboral y haciéndole conocer el derecho de la compañía a controlar el correcto uso de *e-mails*, podría crear una falsa expectativa de privacidad...” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, causa n° 15198/01 “P., L. c/S. d. A. F. Z. F. y M. S. A. s/despido”, del 27/03/2003, en el que se citó a Hermida, Beatriz “El e-mail laboral en la Argentina”, DT 2001-B-1892).

De ello se colige entonces, que no habiendo previsión legal ni autorización que faculte a la compulsa del correo laboral por parte del empleador sin conocimiento del trabajador al que le fue asignada la casilla respectiva, no puede aquél ingresar al mismo para conocer su contenido, pues el hecho de que se le haya entregado al empleado una clave personal de su exclusivo conocimiento, le ha generado una expectativa de privacidad que tiene primacía y protección.

En ese contexto “...el empleador tiene prohibido, en principio, leer *e-mails* enviados o recibidos por sus empleados. Y el contenido de tal prohibición no es otro que la violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza... la averiguación de la verdad no puede erigirse como bastión del avasallamiento de derechos reconocidos por la Constitución Nacional, ni por parte de los particulares, ni del poder público, pues precisamente y como hilo conductor del principio de juicio previo, se despliega un abanico de garantías que limita al poder punitivo, en la materialización de ese cometido. Ello implica que la parte acusadora no puede justificar su actuación, por encima de las garantías, en el éxito de la investigación, pues allí entra en juego su propio interés... [y] dicha prueba no puede ser utilizada en un proceso penal en contra de quien valiéndose de una casilla laboral, pero asignada a una sola persona envió correspondencia electrónica a otra, pues la incorporación probatoria en materia penal debe ser a la luz de un criterio riguroso de modo tal de no avanzar indebidamente sobre la privacidad del ciudadano...” (CCC, Sala I, causa nro. 41816-14-1-1, “G., R. S. y otros”, del 13-2-2015, y sus citas –voto del juez Luis María Bunge Campos–).

Pero, aunque no es el caso *sub examen* porque no fue invocado por el recurrente, distinta sería la situación de haber existido una autorización previa permitiendo el monitoreo de los *e-mails* o una comunicación cierta de la política empresarial al respecto –y consentida por el dependiente–. Así, “si el empleador tiene fundadas razones para suponer que el empleado ha cometido un delito en su perjuicio mediante el correo electrónico laboral, se encuentra facultado para obtener la prueba que acredita preliminarmente los hechos ilícitos y utilizar dichos documentos en la posterior denuncia penal” (López Quesada, Juan M. - Seitún, Diego, “Correo electrónico laboral. Facultad de contralor y valor probatorio” –y su remisión al precedente de la CCCF, Sala I, causas nros. 30.468, “R., R. s/nulidad”, del 20-4-1999 y 41.074, “A., J. s/apela rechazo nulidad” del 19-5-2008, cita online AR/DOC/2163/2015, La Ley - 21-8-2015).

De lo expuesto surge, que el derecho de los imputados ha sido parcialmente vulnerado por la parte querellante con el aporte de los correos en los que se produjo un intercambio de comunicaciones, tanto entre los encausados H. C. P. y P. A. A., como en los que esta última mantuvo con terceros (P. D. V., F. E. R., P. V. A., N. A. M. R.), quienes

manifestaron no haber autorizado su presentación judicial (fs. 125, 138, 139, 140/141).

Ahora bien, respecto de los correos electrónicos en los que la recurrente fue incluida como “copiada” (“CC:”) por los imputados (ver detalle de fs. 157 vta., segundo párrafo), se comparte con el representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior (fs. 16/17), que esa decisión voluntaria de incluirla entre los destinatarios –aunque sea secundaria–, importó la voluntad de anotar el contenido, por lo que no se afecta el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

Por ello, voto por confirmar parcialmente la resolución recurrida, en lo que atañe a los correos electrónicos intercambiados entre los imputados P. y A., como aquellos que A. cruzó con terceros; y revocarla en relación con los *e-mails* que la querellante M. A. L. fue incluida como “copiada”.

Finalmente, entiendo que las costas por el trámite ante la alzada deben ser impuestas en el orden causado, pues las razones dadas por el juez Cicciaro y el resultado parcialmente obtenido por la recurrente, lleva a la conclusión de que es razón plausible para litigar (art. 531 del Código Procesal Penal). Así voto.

El juez *Mauro A. Divito* dijo:

Ante todo, comparto las consideraciones que efectuaron los colegas Cicciaro y Scotto para concluir en que la garantía constitucional que protege la inviolabilidad de la correspondencia epistolar ampara, por regla, los mensajes librados mediante el sistema de correo electrónico, incluso si éstos fueran cursados desde o hacia las casillas que un empleador provee a sus dependientes para el cumplimiento de sus tareas.

En función de ello, la nulidad decretada en la instancia anterior no puede estimarse contrarrestada por los agravios vinculados con el hecho de que el servidor informático utilizado para concretar las comunicaciones hubiera sido el correspondiente a la empresa que habría resultado afectada por los sucesos denunciados.

Por otra parte, destaco que la querrela no ha aportado –ni se advierten– elementos que conduzcan a interpretar que, en el caso, el acceso a dichos mensajes se hubiera visto legitimado por la conformidad de alguno de los interesados u otras razones que justificaran –desde el punto de vista jurídico– su revisión sin contar con una orden judicial.

Las razones brevemente expuestas me llevan, en definitiva, a adherir a la solución en la que han coincidido los jueces preopinantes.

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 7, a cargo de la Dra. **Alicia B. Pérez**, Secretaria n° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. Syuzanna Nadaryan, con PASAPORTE n° AN0355157, nacida el 10/03/1989 en Yereván, República Socialista Soviética de Armenia, 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, 11 de febrero de 2016. **Fernando G. Galati**, sec. int.

l. 24-2-16. V. 25-2-16 5378

SUCESIONES

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 51, Secretaría Unica, sito en Uruguay 714, Piso 2º, Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de RAIMUNDO GARCIA SANCHEZ, a efectos de estar a derecho. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 29 de mayo de 2015. **María Lucrecia Serrat**, sec.

l. 24-2-16. V. 26-2-16 5375

El Juzgado Nacional en lo Civil No. 22 Secretaría única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de CARBONELL MARGARITA ELISA. Publíquese por tres días en El Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de diciembre de 2015. **Dolores Miguens**, sec.

l. 24-2-16. V. 26-2-16 5377

VARIOS

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 23 a cargo del Dr. **Alejandro Olazabal**, Secretaría única a cargo del Dr. **Jorge Horacio Navarro Quantin**, sito en Lavalle 1220, Piso 5to., hace saber a la Sra. NOELIA NINOSKA SANCHEZ CHAMPION que en los autos caratulados “DE CICCO HUGO C/ SANCHEZ CHAMPION NOELIA NINOSKA S/DIVORCIO” se ha dictado sentencia de divorcio, la que en su parte pertinentes dice: “Buenos Aires, 24 de agosto de 2015.- (...) FALLO: Decretar el divorcio de Hugo Ricardo De Cicco y Noelia Ninoska Sanchez Champion en los términos del art. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación. Fdo. **Ezequiel E. Goitia**. Juez. P.A.S.”. Publíquese por dos días en el diario El Derecho. Buenos Aires, 16 de febrero de 2016. **Jorge Horacio Navarro Quantin**, sec.

l. 24-2-16. V. 25-2-16 5376



EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

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

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

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

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

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

En cuanto a la disidencia que se ha suscitado, advierto que recae exclusivamente sobre los mensajes en los que M. A. L. aparece como “copiada” (fs. 157 vta., segundo párrafo), puesto que el juez Cicciaro –en coincidencia con la magistrada de grado– sostiene que también deben ser alcanzados por la sanción de nulidad, mientras que el juez Scotto –al igual que el agente fiscal– considera que su incorporación resulta válida.

Al respecto, más allá de que el texto de los correos electrónicos ha sido obtenido mediante el ingreso –como ya se dijo, no justificado– a las casillas de los imputados, en los casos puntuales en los que aquéllos fueron también enviados a la querellante, dicha circunstancia impide predicar que su incorporación al proceso ha importado una afectación a las garantías constitucionales de los restantes intervinientes.

En efecto, las particulares características del correo electrónico, en tanto posibilitan el intercambio simultáneo entre más de dos personas, imponen ponderar cuidadosamente esta circunstancia al evaluar los alcances de las expectativas de privacidad que gozan de protección constitucional, pues éstas –razonablemente– conducen a excluir a los terceros del círculo de quienes se hallan facultados para acceder al mensaje, mas no a aquel que se encuentra entre sus destinatarios.

Por ello, en definitiva adhiero a la solución propuesta por el juez Scotto. Así voto.

En consecuencia, el Tribunal *resuelve*:

I. Confirmar parcialmente el punto I del auto documentado a fs. 154/159 de este incidente, con el alcance que surge de esta resolución.

II. Revocar parcialmente el mismo dispositivo en relación con los correos electrónicos en los que la querellante M. A. L. fue incluida como “copiada”.

III. Disponer que las costas de alzada sean soportadas en el orden causado (art. 531 del Código Procesal Penal).

Notifíquese, devuélvase y sirva lo aquí proveído de respetuosa nota de remisión. – Juan E. Cicciaro (en disidencia parcial). – Mariano A. Scotto. – Mauro A. Divito (Sec.: Roberto M. Besansón).

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Comisión Interamericana admite caso contra libertad de enseñanza y religión

Se conoció estos días el informe de admisibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto al caso “Sandra Pavez contra el Estado de Chile” (Informe Nº 30/15 - Petición 1263-08). El documento tiene fecha del 21 de julio de 2015.

Antecedentes. La presentación ante la Comisión fue llevada a cabo por el Movilh (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual de Chile). Se trata de una profesora de religión de Educación General Básica, que había ejercido la docencia por veinticinco años. En 2007, el vicario para la educación de la Diócesis de San Bernardo revocó el certificado de idoneidad cuyo otorgamiento y renovación periódica son necesarios en Chile para todos los docentes de esa materia, según el decreto 924 de 1984 que reglamenta las clases de religión en establecimientos educacionales. La revocación se habría debido a la condición de lesbiana de la denunciante, quien mantenía una relación con una persona del mismo sexo. Esta condición claramente la inhabilitaba para testimoniar las enseñanzas de la Iglesia en ese punto, también según las normas del derecho canónico.

En los tribunales chilenos, la docente esgrimió el derecho a la igualdad ante la ley, a la vida privada y a la no discriminación por motivos de orientación sexual. La Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió rechazar la acción incoada, considerando que “la legislación aplicable facultaba al órgano religioso correspondiente a otorgar y revocar la autorización para ejercer la docencia de religión de acuerdo con sus particulares principios religiosos, morales y filosóficos, respecto de lo cual el Estado no tendría poder de injerencia alguna. En esa misma línea, habría estimado que dicha facultad descansa

sobre el propio credo, el cual tiene amplia libertad para establecer sus normas y principios, y que subyace en la propia norma legal que quien debiera impartir un credo en las aulas debía ajustarse a dichas normas, creencias y dogmas sin que competa a los órganos del Estado inmiscuirse o cuestionarlas”. En 2008, la Corte Suprema de la República de Chile confirmó esta sentencia.

Presentación de Movilh ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En octubre de 2008, la Comisión Interamericana recibió la petición del Movilh en representación de la docente, en la cual se esgrime además que el Estado chileno favoreció “una corriente de pensamiento al interior de la iglesia católica que contradice en forma directa la Ley del Estado de Chile”. Ya que, “si bien es cierto que la Constitución ampara la libertad religiosa, ésta debe ceñirse estrictamente a la ley, prohibiendo por lo tanto toda forma de discriminación e injerencia en la vida de los individuos”.

El Estado chileno, por su parte, ante el pedido de informes realizado por la Comisión Interamericana, expresó que “sin perjuicio de las observaciones sobre el fondo que el Estado pueda formular en su oportunidad, no tiene reparos respecto al cumplimiento de los requisitos de forma por parte de los peticionarios”.

Amicus curiae. En marzo de 2015, la organización Alliance Defending Freedom presentó un escrito *amicus curiae* ante la Comisión Interamericana, en el cual ofrece argumentos tendientes a demostrar que en el presente caso no se han vulnerado los derechos de la docente.

El Informe de Admisibilidad de la Comisión. En su Informe de Admisibilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene su competencia para examinar el pedido y confirma que se han respetado los requisitos formales para la presentación. Asimismo, sostiene que “los alegatos de los peticionarios relacionados con el alegado retiro del certificado de idoneidad con base en la orientación sexual de la presunta víctima, efectuado por autoridades religiosas en uso de facultades delegadas por el Estado mediante un decreto, requieren de un análisis en la etapa de fondo para evaluar su compatibilidad con los términos de los artículos 11 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento. Asimismo, si bien los peticionarios no lo alegaron expresamente, la CIDH entiende que la supuesta falta de protección judicial y la supuesta omisión de garantía del debido proceso en el acceso a los recursos internos, podría eventualmente caracterizar violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento” (consid. 29).

En consecuencia, la Comisión Interamericana decide declarar admisible la petición del Movilh y comenzar el trámite sobre el fondo de la cuestión (consid. 30).

Próximos pasos. Una vez admitidos los requisitos de forma, la Comisión Interamericana deberá expedirse próximamente sobre el fondo de la cuestión. Según sus conclusiones, el caso podría pasar a ser juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y podría sentar un precedente difícil para toda América.

Contra el derecho a la libertad de enseñanza y religión. A pesar de que el tema aparece caracterizado como un caso de “discriminación”, en realidad se trata de un cuestionamiento al derecho humano de libertad religiosa y de enseñanza.

Recordemos, al efecto, el importante antecedente constituido por un muy reciente pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso muy similar (“Fernández Martínez vs. España”, sentencia del 12 de junio de 2014), en el cual respaldó a la Iglesia Católica en España en su decisión de no renovar el contrato anual como profesor de religión a un sacerdote casado sin la debida dispensa y activista contra el celibato de los religiosos.

MARÍA INÉS FRANCK
www.observatoriointernacional.com

Enero de 2016

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CULTO - TRIBUNALES INTERNACIONALES - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - EDUCACIÓN - IGLESIA CATÓLICA - DISCRIMINACIÓN

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución 19 de febrero 16 de 2016 (MTransp.) - **Transporte.** Ministerio del Interior y Transporte. Plaza Constitución (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - La Plata (Provincia de Buenos Aires). Línea General Roca. Tarjetas del Sistema Único de Boleto Electrónico (S.U.B.E.). Establecimiento. Sustitución (B.O. 18-2-16).

Resolución General 3828 de febrero 15 de 2016 (AFIP) - **Impuestos.** “Detalle de Apéndices y Actividades que los Componen:” “A - Dependientes de Personas Físicas de Altos Ingresos:” Apartados. Eliminación. Indicadores Mínimos de Trabajadores (IMT). Personas Físicas de Altos Ingresos. Modificación (B.O. 19-2-16).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

Disputa por la patente de la técnica de edición genética

En un artículo publicado en MIT Technology Review el 12 de enero de 2016, Jacob S. Sherkow explica el estado de la disputa legal existente ante la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos por la tecnología de edición genética humana conocida como “CRISPR-Cas9”. Esta tecnología permitiría editar el genoma de un animal o de un humano en forma eficiente y rápida y ha dado lugar a una encendida discusión ética y jurídica sobre su procedencia.

A tal debate bioético nos hemos referido con anterioridad. En cuanto a la patente de la técnica CRISPR, el primer pedido fue presentado por Jennifer Doudna, de la Universidad de California, Berkeley, junto con Emmanuelle Charpentier y otros colegas el 25 de mayo de 2012. Por su parte, Feng Zhang, del MIT, requirió también que se patente la técnica el 12 de diciembre de 2012. Sin embargo, los abogados de Zhang recurrieron a un procedimiento especial y aceleraron el trámite, de modo que obtuvieron la patente primero, el 15 de abril de 2014, mientras que el pedido de Doudna todavía continuaba en trámite.

Los abogados de Doudna se apuraron a presentar un recurso para cuestionar tal patente. Así, la novedad fue que el 11 de enero de 2016 un juez administrativo de la Oficina de Patentes y Marcas declaró una “interferencia” entre la solicitud de patente de Doudna, que está todavía pendiente, y las patentes ya concedidas a Zhang.

En virtud de esta “interferencia”, un panel de tres jueces de patentes tendrá que decidir quién se queda con los derechos sobre la técnica CRISPR-Cas9. También habrá que decidir si la patente comprende la edición genética de células animales tan solo o si también comprende a las células humanas. La decisión sobre la “interferencia” considera como parte “Senior” a Doudna, mientras que Zhang es considerada la parte “junior”. Ello tiene influencia en torno a la carga de la prueba en materia de invención: corresponderá a Zhang y sus colegas demostrar que ellos fueron los primeros en inventar la técnica. La discusión está abierta y son muchos los intereses en juego.

Recordemos que la técnica de edición genética humana puede ser utilizada tanto en células adultas como en embriones o gametos. En especial, la modificación de la línea germinal tiene grandes reparos bioéticos, tanto por la destrucción de embriones que conlleva como por sus perspectivas eugenésicas. En todo caso, también para las células adultas se debe proceder con un principio de precaución, porque no se conocen las consecuencias que este tipo de edición puede tener para las futuras generaciones.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE
www.centrodebioetica.org

8 de febrero de 2016

VOCES: BIOÉTICA - SALUD PÚBLICA - DERECHOS HUMANOS - PATENTES DE INVENCION - PERSONA

Fuente: <https://www.technologyreview.com/s/545411/crispr-dispute-to-be-decided-by-patent-office/>.