

Doctrina

Caducidad de registros de marcas. Pautas para establecer la afinidad o semejanza de productos y servicios



Raquel Flanzbaum

Abogada (UBA). Agente de la Propiedad Industrial. Socia del Estudio Ojam Bullrich Flanzbaum. Socia de la Asociación Argentina de Agentes de la Propiedad Industrial (AAAPI). Miembro del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) y de la International Trademark Association (INTA). Observadora en la Asian Patent Attorneys Association (APAA).



Diego Montangero

Agente de la Propiedad Industrial. Periodista (TEA, Taller Escuela Agencia). Exexaminador en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI). Socio del Estudio Ojam Bullrich Flanzbaum. Socio de la Asociación Argentina de Agentes de la Propiedad Industrial (AAAPI) y miembro de la International Trademark Association (INTA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. Confusión indirecta y caducidad parcial.— III. Confundibilidad indirecta.— IV. Cambios en la acción de caducidad por falta de uso. La caducidad parcial.— V. Afinidad y semejanza.— VI. Criterios aplicables.— VII. Relación entre productos y servicios de clases distintas.— VIII. Limitaciones del criterio aplicado al análisis de la confusión indirecta.— IX. Las notas explicativas de la NCL para determinar afinidad y semejanza.— X. Las directrices sobre marcas de la EUIPO para determinar afinidad y semejanza.— XI. Conclusión.

I. Introducción

Uno de los cambios más importantes que la ley 27.444 introdujo en el sistema marcario fue la incorporación de la caducidad *parcial* de los registros. Bajo el régimen original de la ley 22.362, el empleo de la marca con relación a cualquier producto o servicio, por limitado que fuera el alcance de ese uso, era suficiente para evitar la caducidad con respecto a todos los demás productos o servicios, estuvieran o no comprendidos en la misma clase o amparados por el mismo registro. Hoy, tras la reforma, el uso de la marca solo impide la caducidad con relación a los productos o servicios a los que efectivamente se la aplicó y aquellos que sean afines o similares a estos.

Esa condición de afinidad o semejanza para salvar la caducidad del registro marcario at-

cado impone la necesidad de estudiar la relación existente entre los productos o servicios para los que es utilizado el signo y aquellos a cuyo respecto se plantea la caducidad. Existe una larga jurisprudencia que ha examinado el vínculo entre alcances distintos de las marcas enfrentadas, que fue elaborada al analizar la confusión indirecta entre ellas en los juicios por oposición infundada; y esa jurisprudencia ha sido bien sistematizada por la doctrina.

Sin embargo, el examen del vínculo entre marcas y productos distintos al analizar la caducidad no es exactamente igual al que se practica cuando se estudia la interferencia entre marcas cuya cobertura es distinta. Es más: existen otras herramientas para establecer la afinidad o semejanza de los productos y servicios involucrados. De esas diferencias y estas herramientas veremos ocuparnos aquí.

jabones de tocador, cuando existía otra "LYSOL" para jabones medicinales; "VASENOL" para polvos de tocador, a raíz de otra idéntica inscrita para polvos medicinales; "PALERMO" para bebidas sin alcohol, porque ya estaba registrada para cervezas. Ver BREUER MORENO, Pedro C., "Tratado de Marcas de Fábrica y de Comercio", Editorial Robis, Buenos Aires, 1946, 2ª ed., ps. 66-67. Esta práctica no existe desde hace muchísimos años, y había sido discontinuada mucho antes de que entrara en vigencia la ley 22.362 sancionada en 1980.

(3) Art. 3, ley 22.362 - No pueden ser registrados: a) una marca idéntica a una registrada o solicitada con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios; b) las marcas similares a otras ya registradas o solicitadas para distinguir los mismos productos o servicios; (...).

II. Confusión indirecta y caducidad parcial

Nuestros tribunales han decidido eficazmente incontables casos de confusión *indirecta* que involucraban el enfrentamiento de marcas referidas a productos o servicios distintos (1). De esa manera la jurisprudencia local ha desarrollado, y en consecuencia la doctrina ha sistematizado, una serie de pautas para decidir la confundibilidad de marcas, aun cuando los signos en examen no distinguan los mismos productos o servicios.

Pero ahora la ley 27.444 atribuyó al Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI)

la responsabilidad de resolver, en una suerte de primera instancia en sede administrativa, las oposiciones contra las solicitudes de registro. Hasta entonces, al resolver la interferencia entre marcas cuando una era citada como antecedente oponible a una solicitud posterior, el INPI decidía exclusivamente sobre casos de confusión *directa* (2). En efecto, únicamente consideraba confundibles a dos marcas idénticas o similares cuando estas identificaban "los mismos productos o servicios", tal como establece el art. 3, incs. a) y b), de la Ley de Marcas (3). Es decir, en sede administrativa, se aplicaba el principio de especialidad en su sentido más estricto.

Columna de opinión

La suma de todos los atropellos

Notas críticas a propósito de las múltiples inconstitucionalidades de la Comunicación "A" 7407 del BCRA



Cristian H. Caminos

Abogado (UNC). Diplomado en Dcho. Administrativo (Univ. Austral). Diplomado en Estudios Avanzados en Políticas Públicas y Gerenciamiento de Desarrollo (UNSAM). Especialista en Dcho. Administrativo (UNNE). Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Provincia del Chaco y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Secretario de la Fiscalía de Cámara en lo Contencioso Administrativo, Poder Judicial del Chaco.

Véase el texto completo en p. 4

Nota a fallo

Testamento ológrafo

Disposiciones del Código Civil y Comercial. Necesidad de una pericia caligráfica para la autenticación de la firma del testador. Reconocimiento de parte de los herederos de la letra y firma de la testadora. Mejora al cónyuge supérstite.

CNCiv., sala D, 10/08/2021. - Fernández, Héctor Manuel s/ Sucesión testamentaria. 7

Proceso sucesorio

Cinco razones de la innecesariedad de la prueba pericial caligráfica para verificar la autenticidad del testamento ológrafo
Graciela Medina 7

Jurisprudencia

Incitación a la violencia colectiva

Expresión en redes sociales. Requisitos. Determinación de un destinatario tangible. Posibilidad de influir en la voluntad de otras personas. Procesamiento. Sobreseimiento. Disidencia parcial.

CFed. Córdoba, sala B, 12/10/2021. - E., G. B. c. P., E. M. s/ Amenazas e incitación a la violencia colectiva. 9

Este escenario fue radicalmente modificado por la ley 27.444, que dispuso que la Dirección Nacional de Marcas debía decidir no ya solamente sobre la confundibilidad que la propia administración citaba de oficio, sino también sobre la procedencia de *oposiciones* presentadas por terceros contra solicitudes de marca.

A partir de entonces, el examen de confundibilidad entre productos y servicios *diferentes* —que, hasta hace muy poco tiempo, se efectuaba exclusivamente en sede judicial— se tornó imprescindible también en sede administrativa. Pero la cuestión no se agota aquí: como se verá enseguida, el desafío técnico será aún más exigente a partir del 12 de junio de 2023, cuando se abra la posibilidad de resolver caducidades parciales de registros por falta de uso.

III. Confundibilidad indirecta

En consecuencia, el examen de *confundibilidad* entre productos y servicios *distintos* es ya indispensable en el contexto del procedimiento administrativo de resolución de oposiciones y, por ende, el análisis de la relación entre productos y servicios es decisivo antes de la presentación de una solicitud (4), durante el trámite y después de la concesión.

Si se examina detenidamente nuestra jurisprudencia y doctrina, se observa que el criterio de comparación entre productos y servicios es análogo al criterio que se emplea para cotejar marcas. Es decir, dos signos semejantes o con cierta afinidad no son necesariamente confundibles, pues para que una marca obstaculice el registro de otra debe existir *similitud confusionista* entre ambas. Del mismo modo, los productos o los servicios pueden ser semejantes, pero en el marco del cotejo debe analizarse si existe entre ellos *algo más* que un simple atributo común.

En definitiva, para que exista afinidad o semejanza entre productos y servicios *diferentes*, estos deben contar con características tales que, ante la identidad o similitud de marcas, exista riesgo de error por parte del consumidor en cuanto a su origen (5).

En estos supuestos de confundibilidad indirecta, el vínculo existente entre dos productos o servicios diferentes siempre se examina en el contexto del cotejo de marcas. El punto central es determinar si existe riesgo de confusión respecto del origen o fuente

de productos o servicios, diferentes pero similares, cuando estos son identificados por marcas idénticas o confundiblemente similares (6).

La relación de similitud entre las marcas en cotejo y los productos o servicios que distinguen es inversamente proporcional: a mayor grado de similitud entre dos marcas, menor vínculo debe existir entre los productos o servicios que ellas identifican; a menor grado de semejanza entre dos signos, mayor será el acercamiento tolerable entre productos y servicios (7).

Aquí la tarea central no consiste en establecer solamente si hay contacto o relación entre productos o servicios diferentes, sino en determinar el riesgo de confusión, por parte del consumidor, de una marca con respecto a otra. En otras palabras, la conexión, proximidad o semejanza entre los respectivos alcances de las marcas en disputa se examina en el contexto del análisis de un supuesto de confundibilidad marcaria.

IV. Cambios en la acción de caducidad por falta de uso. La caducidad parcial

Como dijimos, una reforma sustancial introducida por la ley 27.444 fue la referida a la caducidad por falta de uso. El nuevo texto de su art. 26 de la ley 22.362 introdujo, por una parte, la caducidad *parcial* del registro; y, por el otro atribuyó al INPI la competencia para resolver dicha caducidad, en una primera instancia administrativa (8).

Este aspecto de la reforma de la ley se completa con la Resolución INPI N° 279/2019 (9) que reglamenta, en su Anexo II, *Resolución Administrativa de Caducidades de Registro de Marca*, el procedimiento a seguir en sede administrativa para resolver caducidades por no uso de marca.

Ahora bien, hay que aclarar aquí que bajo el régimen original de la ley 22.362 también era posible requerir la caducidad *parcial* de un registro. Si bien el texto legal no aludía a ello, nada obligaba al accionante a pedir la caducidad *total* (es decir, la cancelación de todo el registro atacado); y naturalmente podía demandar la nulidad de un alcance del registro en cuestión que se redujera a su esfera de interés. La verdadera diferencia que introdujo la ley 27.444 no radica en el alcance de la cancelación pretendida, sino en la eficacia del uso realizado para evitar la caducidad del registro atacado.

mentar una conclusión de semejanza confusionista (...) Si las marcas de las partes respectivas son idénticas o prácticamente idénticas, la relación entre los productos y/o servicios no tiene por qué ser tan estrecha para fundamentar una conclusión de semejanza confusionista, como se requeriría si hubiera diferencias entre las marcas" (TMEP, sección 1207.01(a), "Relatedness of the Goods or Services").

(8) Art. 26, ley N° 22.362 (t.o. 2018) - El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, de oficio o a pedido de parte, conforme a la reglamentación que se dicte, declarará la caducidad de la marca, inclusive parcialmente, en relación a los productos o servicios para los que no hubiere sido utilizada en el país dentro de los cinco (5) años previos a la solicitud de caducidad, salvo que mediaren causas de fuerza mayor. La resolución que recaiga en materia de caducidad de marca será apelable en el plazo de treinta (30) días hábiles desde la notificación, solo mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, el que deberá ser presentado en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. No caduca la marca registrada y no utilizada en una clase o para determinados productos o servicios, si la misma marca fue utilizada en la comercialización de un producto o en la prestación de un servicio afín o semejante a aquellos, aun incluido en otras clases; o si ella forma parte de la designación de una actividad relacionada con los primeros. Asimismo, una vez cumplido el quinto año de concedido el registro de la marca, y antes del vencimiento del sexto año, su titular deberá presentar una

Bajo el sistema anterior, un uso limitado bastaba para impedir la caducidad de *todo* el registro e incluso de cualquier registro en otras clases, según lo establecía el viejo art. 26 de la ley 22.362 (10). Con su actual redacción, el uso efectuado solamente ampara los productos o servicios a los que efectivamente se aplicó la marca en cuestión, y a aquellos afines o semejantes (11): lo *parcial* es el alcance protegido o, si se quiere, "rescatado" por el uso.

La nueva acción de caducidad (es decir, aquella ante la cual el uso solamente "salvará" a los productos o servicios afines o semejantes) solamente podrá interponerse a partir del 12 de junio de 2023, conforme lo establece el Anexo II de la res. INPI 279/2019 (12).

v. Afinidad y semejanza

La cuestión verdaderamente espinosa es determinar cuándo se configura esa afinidad o semejanza entre los productos o servicios efectivamente usados y aquellos a cuyo respecto se pretende la caducidad.

¿Qué es "afinidad", qué es "semejanza" entre productos y servicios? La primera fuente para elucidar estos términos es, naturalmente, el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*. En la acepción que aquí nos interesa, "afín" es "próximo, contiguo; que tiene afinidad con otra cosa", y "afinidad" es "proximidad, analogía o semejanza de una cosa con otra" (13). "Semejante" significa "que semeja o se parece a una persona o cosa" (14).

Si queremos ampliar estas definiciones recurriendo a sinónimos, para "afín" encontramos: "análogo, similar, contiguo, próximo, aledaño, colindante, vinculado, unido, adyacente, relacionado, parecido, semejante, concomitante" (15); y para "semejante" tenemos: "parecido, afín, similar, análogo, igual, idéntico, aproximado, relacionado, copiado, calcado, imitado, conforme, rayano, gemelo, comparable, paralelo, homólogo, equivalente, símil, igual, allegado" (16).

Y yendo a un diccionario del léxico actual, "afín" es "persona o cosa que tiene aspectos o rasgos en común (con otra)" (17) y "semejante" es "persona o cosa igual a otra en algunos aspectos o partes" (18).

declaración jurada respecto del uso que hubiese hecho de la marca hasta ese momento.

(9) Dictada el 08/10/2019, y publicada en el B.O. el 10/10/2019.

(10) Art. 26, ley 22.362 (t.o. 1980) - A pedido de parte, se declarará la caducidad de la marca que no hubiera sido utilizada en el país, dentro de los cinco (5) años previos a la fecha de la iniciación de la acción, salvo que mediaren causas de fuerza mayor. No caduca la marca registrada y no utilizada en una clase, si la misma marca fue utilizada en la comercialización de un producto o en la prestación de un servicio incluido en otras clases, o si ella forma parte de la designación de una actividad.

(11) El tercer párrafo del actual art. 26 dispone: "No caduca la marca registrada y no utilizada en una clase o para determinados productos o servicios, si la misma marca fue utilizada en la comercialización de un producto o en la prestación de un servicio *afín* o *semejante* a aquellos, aun incluido en otras clases, o si ella forma parte de la designación de una actividad relacionada con los primeros." (Nuestra cursiva)

(12) Art. 1º, Anexo IV (Procedimiento de caducidad de marca), Resolución INPI N° 183/18 (texto según el Anexo II de la Resolución INPI N° 279/2019 del 04-10-2019 - Procedencia: (...)) La caducidad parcial solo podrá interponerse a partir del 12 de junio de 2023.

(13) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, Madrid, 1992, tomo I, p. 52.

(14) *Real Academia Española*, ob. cit., tomo II, p. 1859.

Sin pretensión de sustituir esta larga lista de definiciones, sinónimos y usos actuales, podemos sugerir aquí que en este contexto "afín" y "semejante" quieren decir que los productos o servicios involucrados guardan entre sí algún vínculo o conexión que torna plausible el argumento que el consumidor puede creer que entre ellos existe un origen común (19).

VI. Criterios aplicables

Abocados a un análisis para establecer el vínculo entre productos y servicios distintos, observamos que, en principio, no existe ninguna clase que —en conjunto— pueda vincularse completamente con otra, en tanto —como surge de las "Observaciones Generales" incluidas en la Clasificación de Niza (20) (NCL)— cada una de las clases establecidas por este sistema es identificada mediante un "Título" que indica "de manera general los campos a los que pertenecen en principio los bienes y servicios" (21).

Por de pronto, debe notarse que, en la NCL, existen productos o servicios que —aun incluidos en una misma clase— no encuentran relación o similitud entre sí (por ejemplo, los "emoticones descargables para teléfonos móviles" y los "silbatos de deporte", ambos ordenados en la clase 9). A ello, se suma que la NCL es un sistema dinámico, que se somete continuamente a revisión y, por lo tanto, el contenido de cada clase varía con el tiempo.

En otras palabras, el cotejo entre productos y servicios excede ampliamente los criterios de clasificación que se emplean en la NCL. Desde esta perspectiva, no hay clases vinculadas, sino que hay productos y servicios que pueden relacionarse entre sí y que, de acuerdo con parámetros específicos, pueden vincularse de tal modo que exista el riesgo de atribuirles un mismo origen.

VII. Relación entre productos y servicios de clases distintas

Desde hace más de un siglo la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de formular oposición al registro de una marca referida a un alcance distinto del que ampara la oponente (22), para lo cual ha debido estudiar la conexión, vínculo, asociación, etc. entre los productos o servicios involucrados para establecer si existía la así llamada confusión *indirecta* entre las marcas enfrentadas (23). Ahí sí, pues, fue necesario examinar si entre

(15) CORRIPIO, Fernando, "Gran Diccionario de Sinónimos", Editorial Bruguera, S.A., Barcelona, 1978, 3ª ed., p. 33; DE LA CANAL, Julio, "Diccionario de sinónimos e ideas afines", Compañía Editorial Continental, S.A., México, D.F., 1978, p. 22.

(16) CORRIPIO, Fernando, ob. cit., p. 986.

(17) SECO, Manuel; OLIMPIA Andrés; RAMOS, Gabino, "Diccionario del Español Actual", Aguilar *Lexicografía*, Madrid, 1999, vol. I, p. 126.

(18) *Ibidem*, vol. II, p. 4066.

(19) Un ejercicio similar fue hecho por Cecilia RINALDIS, "Criterios para determinar confusión indirecta e impacto en cuestiones de caducidad parcial por falta de uso", taller de la Asociación Argentina de Agentes de la Propiedad Industrial (AAPI), 13-11-2019.

(20) Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas.

(21) Encabezado de las Observaciones Generales de la NCL 11-2019: "Las indicaciones de los productos o servicios que figuran en los títulos de las clases constituyen indicaciones generales relativas a los sectores a los que pertenecen en principio estos productos o servicios. Es por ello que resulta importante consultar la lista alfabética para asegurarse de la clasificación exacta de cada producto o servicio concreto".

(22) Ver BREUER MORENO, ob. cit., ps. 66-67, 258-260.

(23) Ver OTAMENDI, Jorge, "Derecho de Marcas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, 2ª ed., ps. 159, 180-187; MITELMAN, ob. cit., t. 1, ps. 400-402, 427-439.

(4) El examen de similitud entre productos es indispensable antes de la presentación de una solicitud de marca, a fin de anticipar la existencia de antecedentes que puedan obstaculizar el registro (las así llamadas "búsquedas de marca y examen previo de disponibilidad").

(5) MITELMAN, Carlos Octavio, "Tratado de la Propiedad Industrial", Albremática, Buenos Aires, 2021, t. 1, p. 402: "Mientras que en la 'confusión directa' [el consumidor] toma un bien por otro emanado de distinta persona (lo que redundaría en un error de origen o procedencia), en la hipótesis de 'confusión indirecta' el consumidor percibe la diferencia entre un producto y otro, pero les atribuye un mismo origen (cuando en realidad provienen de distinta fuente)".

(6) Según Mitelman, la confundibilidad indirecta "puede asumir dos variantes. En una de ellas, el consumidor no sufre el riesgo de adquirir un bien por otro, porque comprende que son distintos. Sin embargo, por la identidad o similitud de las marcas aplicadas a ellos, tal consumidor cree erróneamente que provienen de un mismo origen (...). En la segunda variante, a pesar de no confundir los signos, considera que uno deriva del otro y que ambos provienen de un mismo origen empresarial" (MITELMAN, ob. cit., ps. 400-401).

(7) "Trademark Manual of Examining Procedure" (TMEP), publicado por la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos (USPTO, por sus siglas en inglés): "Al evaluar la relación de los productos y/o servicios, cuanto más similares sean las marcas en cuestión, menos similares deben ser los productos o servicios para funda-

esos productos/servicios existía lo que ahora la ley llama *afinidad* o *semejanza*.

Por esa razón, a lo largo de los años se han desarrollado varios criterios para establecer, en el contexto del análisis de la confusión indirecta entre dos marcas, si también mediaba confusión entre sus respectivos ámbitos. Tales criterios han sido los siguientes: si se trata del mismo género de productos; si estos emplean la misma materia prima; si unos son partes o accesorios de los otros; si admiten o requieren un uso conjunto; si se complementan; si tienen la misma finalidad; si son iguales sus canales de comercialización o si se venden en los mismos comercios, etc. (24).

Estas pautas ciertamente son de utilidad hoy para establecer si se configura la nueva caducidad parcial introducida en los párrafos primero y tercero del actual art. 26 de la ley 22.362, según ha sido reformado por la ley 27.444. Es decir, estas pautas desarrolladas para determinar si existe confusión indirecta en un caso de confundibilidad marcaría también pueden ser usadas para determinar si los productos o servicios para los que se usa una marca son afines o semejantes a los productos o servicios para los que se intenta la acción de caducidad.

VIII. Limitaciones del criterio aplicado al análisis de la confusión indirecta

Pero en este contexto, donde estamos estudiando el vínculo o conexión (afinidad o semejanza) entre productos o servicios distintos, no debemos perder de vista dos diferencias básicas entre la confusión indirecta entre marcas referidas a productos o servicios diferentes y la caducidad parcial.

La primera diferencia es que se trata de cuestiones distintas. La confusión indirecta se refiere al conflicto entre dos marcas diferentes y examina dos cuestiones: la semejanza entre esas marcas y el vínculo entre sus respectivos alcances. En cambio, la caducidad parcial no trata un supuesto de confusión marcaría, sino solamente del vínculo entre productos o servicios distintos. En el primer supuesto (confusión indirecta) hay dos (o más) marcas enfrentadas que son distintas (aunque sean iguales), porque pertenecen a distintas personas y una obstaculiza el registro, o el uso, de otra. En cambio, en el segundo caso (caducidad parcial) no hay dos marcas distintas, y ni siquiera marcas iguales, idénticas o parecidas, sino una sola marca, perteneciente a la misma persona física o jurídica; y únicamente hay que establecer si media afinidad o semejanza entre ciertos productos o servicios para los cuales se usa esa marca y otros productos o servicios a cuyo respecto se persigue que se dicte la caducidad (parcial) de un registro atacado. En este caso no se comparan un conjunto (marca y alcance) con otro (también marca y alcance), sino solamente sus respectivos alcances.

La segunda diferencia radica en el criterio aplicable al análisis del vínculo, o ausencia de él, entre los respectivos ámbitos. En principio, tanto para analizar la confusión indirecta como para examinar la caducidad de un registro procede aplicar un criterio *restrictivo*. Sin embargo, ese criterio restrictivo opera en direcciones diametralmente opuestas en uno u otro caso. Cuando se trata de confusión indirecta, el criterio restrictivo

tiende a limitar la exorbitación del derecho invocado: la efectividad de la marca opo- nente a un ámbito diferente y, por ende, más amplio que su alcance propio es admitida como excepción (25). Por el otro lado, cuando se trata de la caducidad, dado que esta involucra la extinción de un derecho, su procedencia también es admitida como excepción (26), lo que se traduce en un criterio benévolo para apreciar el vínculo entre el uso habido y los productos o servicios para los cuales se pretende la cancelación del derecho. Así, por ejemplo, al estudiar la confusión indirecta entre dos marcas el vínculo entre “calzados de cuero” (clase 25) y “bolsas de cuero” (clase 18) será admitido como excepción, mientras que al estudiar la caducidad parcial ese vínculo entre dichos productos será apreciado con amplitud, porque el criterio restrictivo no se aplica al cotejo de los productos sino a la admisión de la caducidad, es decir, a la extinción del derecho.

A raíz de esas particularidades de la caducidad parcial —no se refiere a la confusión entre marcas y sí trata de la supervivencia de un registro—, aun cuando el análisis de este nexa entre los distintos alcances es muy parecido al que se practica al examinar la confusión indirecta, consideramos que la jurisprudencia sobre el tema, aunque útil, puede ser favorablemente complementado utilizando otros instrumentos.

Ahora bien, en Argentina no existe un método estandarizado, reunido en un volumen, que permita establecer cuándo los productos y los servicios a los que se refieren las marcas son similares o se encuentran vinculados. Pero sí podemos recurrir a dos herramientas: una, las Notas Explicativas de la Clasificación Internacional de Niza (NCL) y particularmente las aclaraciones incluidas en esas notas; otra, las Directrices sobre Marcas de la EUIPO (DsM) (27).

IX. Las notas explicativas de la NCL para determinar afinidad y semejanza

Las Notas Explicativas, que acompañan en la NCL a los Títulos de las Clases, normalmente incluyen tres secciones diferentes: a) una definición general en cuanto al área definida en el Título de la Clase (por lo general, comienza con la expresión “la clase [número] comprende principalmente”); b) una aclaración con respecto a los productos o servicio que “particularmente” deben ser incluidos en la clase (bajo el encabezado “Esta clase comprende en particular”); y c) una explicación sobre aquellos productos o servicios que no se encuentran comprendidos en la clase, aun cuando pueda observarse algún tipo de vínculo con aquellos que efectivamente se encuentran clasificados en la clase consultada (bajo el enunciado “esta clase no comprende en particular”).

Por lo tanto, de las Notas Explicativas, y principalmente de los apartados “esta clase comprende en particular” y “esta clase no comprende en particular”, es posible extraer ciertos ejemplos de conexión entre productos o servicios, desde el momento que, en la misma NCL se ha contemplado la posibilidad de error, por parte del usuario, en la clasificación de determinados productos afines o similares que, por necesidades de cla-

sificación, pertenecen a clases distintas. Es decir, la misma posibilidad de error delata el vínculo entre ambas.

Por ejemplo, la *clase 3* comprende principalmente las preparaciones de tocador no medicinales, así como las preparaciones de limpieza utilizadas en el hogar o en otros ámbitos.

- Esta clase comprende en particular los desodorantes para personas o animales;

- Esta clase no comprende en particular los desodorantes que no sean para personas o animales (*clase 5*).

La *clase 7* comprende principalmente las máquinas y las máquinas herramientas, así como los motores.

- Esta clase comprende en particular las partes de todo tipo de motores, por ejemplo: los arranques, los silenciadores y los cilindros para motores de todo tipo;

- Esta clase no comprende en particular los motores para vehículos terrestres (*clase 12*).

La *clase 9* comprende principalmente los aparatos e instrumentos científicos o de investigación, los equipos audiovisuales y de tecnología de la información y los equipos de seguridad y salvamento.

- Esta clase comprende en particular las palancas de mando (*joysticks*) de ordenador, que no sean para videojuegos, los cascos de realidad virtual, las gafas inteligentes;

- Esta clase no comprende en particular: las palancas de mando (*joysticks*) en cuanto partes de máquinas, que no sean para máquinas de juego (*clase 7*), las palancas de mando de vehículos (*clase 12*), las palancas de mando (*joysticks*) para videojuegos, los mandos para juguetes y consolas de juego (*clase 28*).

La *clase 42* comprende principalmente los servicios prestados por personas en relación con aspectos teóricos o prácticos de sectores de actividades de alta complejidad, por ejemplo: los servicios de laboratorios científicos, la ingeniería, la programación informática, los servicios de arquitectura o el diseño de interiores.

- Esta clase comprende en particular los servicios de investigación científica con fines médicos;

- Esta clase no comprende en particular los servicios médicos y veterinarios (*clase 44*).

Repetimos: el hecho de que sea necesario explicar que un producto o servicio no se ordena en una clase, a la que *prima facie* parecería pertenecer, sino en otra, es evidencia de que existe alguna conexión (semejanza o afinidad) entre los productos o servicios considerados; de lo contrario, no serían necesarias las explicaciones o aclaraciones.

X. Las directrices sobre marcas de la EUIPO para determinar afinidad y semejanza

Pero el recurso a estas Notas Explicativas está limitado a los concretos casos y ejem-

plos que están consignados. En cambio, las DsM describen criterios y factores para apreciar la similitud entre productos y servicios, y por ello resultan más útiles. Estas indican que “para apreciar la similitud entre los productos procede tener en cuenta *todos* los factores pertinentes que caracterizan la relación entre los productos. Estos factores incluyen, entre otros, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario” (28). La lista de posibles factores a considerar, señalan las DsM, es meramente indicativa, en tanto “pueden concurrir otros factores además de, o en lugar de, los enumerados (...) que pueden resultar pertinentes en el caso concreto” (29), pero no por ello dejan de ser sumamente útiles.

Si bien las Directrices de la EUIPO, como las pautas elaboradas por nuestra jurisprudencia y que mencionamos más arriba, también se refieren a supuestos de confusión indirecta —y específicamente a un conflicto entre marcas que tienen un alcance distinto—, también pueden ser útiles para evaluar la afinidad o semejanza de productos o servicios a fines de establecer si se ha configurado caducidad parcial. Estas directrices, por su mayor frecuencia y especificidad, y porque son más detalladas y más completas, complementan lo elaborado por la jurisprudencia y se erige en una fuente adicional.

Con carácter meramente ejemplificativo, es interesante ver, aunque no sea más que parcialmente, cómo se lleva a cabo esa comparación en esas DsM. Entre los factores que se proponen en las DsM, se observan las siguientes:

X.1. La naturaleza específica de los productos y servicios

Para definir la naturaleza de un producto o servicio debe determinarse, en primer lugar, cuáles son las características esenciales que permiten reconocerlos. Tal como se sugiere en las DsM, la naturaleza de los productos o servicios puede definirse mediante la respuesta a “¿qué es esto?”

Por ejemplo, la leche condensada y el queso comparten la misma naturaleza, porque se trata de productos lácteos. Sin embargo, la composición de los productos, por sí misma, no es determinante para definir su naturaleza. Por ejemplo, aun cuando su materia constitutiva sea idéntica, una silla de plástico y una muñeca de plástico difieren en cuanto a su naturaleza, en tanto la primera es un mueble, mientras que la segunda es un juguete.

X.2. El destino de los productos o servicios

El “destino” se define mediante la respuesta a las preguntas “¿Qué necesidad satisfacen estos productos y servicios?” y “¿Qué problema solucionan?”

Por ejemplo, los “libros” y las “revistas” comparten un destino similar, en tanto ambos productos son concebidos entretener o informar mediante la lectura. Debe tenerse especialmente presente que “el destino” es el uso específico para el cual el producto o el servicio fueron concebidos y no cualquier otro. Como ejemplo, en las DsM se aclara que “las bolsas de plástico pueden utilizarse como protección contra la lluvia. Sin embargo, su destino es llevar objetos” (30).

(24) OTAMENDI, Jorge, ob. cit., ps. 183-187; MITELMAN, Carlos Octavio, ob. cit., ps. 433-435.

(25) Ver CNFed., sala I, “RBX Río Comercio de Roupas c. Sormani, Martha Leila”, 03/03/2021, (“Esta clase de oposiciones tiene que ser admitida con carácter excepcional y con un criterio restrictivo y de prudente razonabilidad (...), puesto que el registro en una clase o para unos pocos productos no puede ser equivalente al registro en otros renglones o en todas las categorías del Nomenclador.”); OTAMENDI, Jorge, ob. cit., p. 191 (“Cuando una oposición se deduce contra una marca que ampara otros

productos, en la misma o en otra clase, se está ampliando en cierta forma el derecho que la marca concede. Esto no puede constituir una regla, ya que terminaría siendo igual que registrar una marca para un producto o una clase, que en todas”).

(26) CNFed., sala I, “Bodegas y Viñedos Huarpe S.A. c. Cervantes, José Luis”, 04/04/2018, (“Ambos textos legales [el art. 26 de la ley 22.362 en su versión original y en su versión modificada por la ley 27.444 en 2018] son bien amplios y demostrativos que la caducidad se debe decidir con criterio restrictivo. Pues, al ser su efecto la pérdida

del registro marcarío debe ser interpretada limitadamente y, en caso de duda, en favor de la continuada vigencia del derecho adquirido (...).”; (nuestra cursiva).

(27) “Directrices sobre marcas y dibujos o modelos”, publicadas por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO); Parte C - Oposición - Sección 2 - “Doble identidad y riesgo de confusión” - Capítulo 2 “Comparación de productos y servicios” (edición 2021).

(28) “Directrices relativas al examen que la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibu-

jos y modelos) habrá de llevar a cabo sobre las marcas comunitarias - Parte C - Oposición - Sección 2 - Doble identidad y riesgo de confusión - Capítulo 2 - Comparación de productos y servicios” (2016), p. 24.

(29) *Ibidem*.

(30) “Directrices relativas al Examen de las Marcas de la Unión Europea”, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Parte C, Oposición, Sección 2 “Doble identidad y riesgo de confusión”, apartado 4.2 “Lista de factores considerados para establecer el riesgo de confusión”, p. 904.

X.3. Si se trata de productos o servicios sustitutivos

En este caso se presenta cuando un producto o servicio puede sustituir a otro. Dadas las características que comparten, se trata de servicios y productos intercambiables.

Como ejemplo, en las DsM, se citan los “papeles pintados” y “las pinturas” para cubrir o decorar paredes; el “alquiler de películas” y los “servicios de cine”; o las “máquinas de afeitar eléctricas” y las “cuchillas de afeitar”.

X.4. El análisis de las partes, el uso conjunto y/o los accesorios adaptados

En las DsM se advierte que “el solo hecho de que un producto determinado pueda tener varios componentes no implica automáticamente que exista similitud entre el producto acabado y sus piezas”. En este caso se trata de piezas de recambio, destinadas al mismo sector de consumidores, que normalmente se venden en forma independiente del producto final o del que forman parte. Como ejemplo de similitud, se citan los “cepillos de dientes eléctricos” y los “cabezales de cepillos de repuesto”; las “impresoras” y los “cartuchos de tinta”, o las “máquinas de coser” y los “pies para máquinas de coser”.

X.5. El examen de las materias primas, los productos semielaborados y los productos terminados

La materia componente de los productos normalmente no constituye, de por sí, una característica que permita determinar similitud entre los productos comparados.

Como hemos apuntado anteriormente (naturaleza de los productos o servicios), existe gran variedad de productos, claramente distintos, fabricados a partir del mismo material. Sin embargo, puede ocurrir que, dada la relevancia de la materia prima de los productos comparados (por ejemplo, materias primas de alto valor monetario), se observe entre ellos una marcada afinidad o similitud. Tal es el caso de las “piedras preciosas” y los productos terminados de “joyería” (por ejemplo, un anillo de piedras preciosas), que —además de compartir su materia constitutiva predominante— suelen coincidir en el mismo punto de venta y estar dirigidos al mismo segmento de consumidores.

(31) *Ibidem*, p. 906

(32) *Ibidem*, p. 913

(33) *Ibidem*, p. 912.

X.6. Si se trata de productos o servicios complementarios

Dos productos diferentes son complementarios, cuando uno de ellos es indispensable o de importancia para el buen o mejor funcionamiento del otro. Según las DsM, “cuando la relación entre los productos y servicios no es lo suficiente estrecha para ser indispensable (esencial) o importante (significativa) para el uso del otro, no se puede encontrar ninguna complementariedad” (31).

Entre otros ejemplos, las directrices citan, como ejemplo de similitud, al “software, en particular para los juegos de casino” y los “juegos recreativos”, en tanto el primero es indispensable para el funcionamiento de los segundos.

De la misma forma, es posible establecer una relación de complementariedad y, por lo tanto, similitud, entre ciertos servicios y productos; por ejemplo, los servicios de “instalación y mantenimiento de aparatos de sistemas de calefacción” y las “instalaciones de calefacción”.

X.7. El consumidor o el usuario al que están dirigidos

Las Directrices coinciden con la práctica habitual en nuestro país, en cuanto a considerar al público destinatario como un parámetro para comparar productos y servicios diferentes. De la misma forma, ordenan a la naturaleza del público en dos grandes grupos de consumidores: a) público en general; y b) público profesional (consumidor especializado). Sin embargo, se advierte que “el simple hecho de que los clientes potenciales coincidan no supone automáticamente un indicio de similitud” (32).

Aun así, en la medida que el consumidor sea claramente diferente (especializado y no-especializado), la posibilidad de establecer semejanza o afinidad es menor. Por ejemplo, los “estuches para lentes” (público general) y los “aparatos e instrumentos quirúrgicos” (incluyendo oftalmológicos), destinados a un público especializado.

X.8. El canal de comercialización o distribución (incluyendo su punto de venta)

Tal como establece la doctrina y jurisprudencia local, en principio, si los productos o servicios se distribuyen a través de los mismos canales, y las marcas que los identifican son idénticas o similares, es posible que el consumidor suponga que estos son fabricados u ofrecidos desde un mismo origen.

Las directrices de EUIPO advierten que “no debe ponerse, sin embargo, demasiado énfasis en este factor, pues los modernos supermercados, droguerías y grandes almacenes venden productos de todas clases” (33). Por lo tanto, el consumidor normalmente es consciente de que los productos ofrecidos no provienen de una misma fuente empresarial.

Sin embargo, puede establecerse afinidad en los casos que los productos sean ofrecidos en la misma sección de tales puntos de venta o, incluso, cuando estos sean ofrecidos en establecimientos especializados. Inversamente, diferentes puntos de venta especializados pueden permitir una diferenciación de los productos cotejados. Por ejemplo, aun cuando se trata de vehículos de transporte de personas, las “sillas de ruedas” y las “bicicletas” son, en principio, disímiles desde el momento que su canal de distribución y punto de venta son claramente distintos.

X.9. En general

Tal como se ha observado, en la mayoría de los casos, los factores de comparación suelen superponerse o complementarse. Por ejemplo, el destino determinará la naturaleza de los clientes reales y potenciales (público destinatario) y, a la vez, el posible carácter competidor de los productos y servicios en examen. De la misma forma, el mismo canal de distribución suele determinar el segmento del público al que los productos o servicios están dirigidos. Por tal motivo, las DsM sugieren el examen de todos los factores en forma conjunta.

XI. Conclusión

Los parámetros de cotejo entre productos y servicios *diferentes* son múltiples y se interrelacionan. Ahondar en ellos excede la finalidad de este artículo.

Como mencionamos más arriba, hasta la sanción de la ley 27.444 el INPI se ocupaba únicamente de comparar marcas confundibles cuyo alcance era total o parcialmente idéntico, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos del art. 3, incs. a) y b), de la ley 22.362 (prohibición de registrar marcas idénticas o similares a las solicitadas o registradas con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios). Ahora, cuando la ley 27.444 ha confiado al INPI la función de resolver oposiciones, el organismo también debe examinar el conflicto entre marcas con alcance distinto. Y dentro de

muy poco tiempo, a partir del 12 de junio de 2023, tendrá que ocuparse de establecer si existe afinidad o semejanza entre productos y servicios diferentes para decidir la caducidad parcial de registros de marcas por falta de uso.

Los criterios desarrollados durante décadas por la jurisprudencia federal para dilucidar las cuestiones de confundibilidad entre marcas de cobertura distinta son útiles, pero hay que tener en claro que la caducidad parcial introducida por la ley 27.444 no se refiere a confundibilidad entre marcas, sea esta directa o indirecta, sino al vínculo, conexión o asociación (“afinidad”, “semejanza”) entre productos o servicios *de una misma marca*. Por otra parte, el criterio restrictivo para estudiar la confundibilidad de dos marcas referidos a productos o servicios diferentes no es el mismo que el criterio restrictivo para analizar la caducidad de un registro por falta de uso con respecto a productos similares o afines, que aquí se expresa en un enfoque más benévolo para admitir el vínculo entre estos.

Las herramientas y parámetros de examen son variados. Para complementar el enfoque jurisprudencial, sugerimos el empleo de otras herramientas, exclusivamente referidas a productos y servicios, y no a las marcas, como son las Notas Explicativas de la NCL y las Directrices sobre Marcas (DsM) de la EUIPO.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3397/2021

Más información

[Chajchir, Martín G. - Pérez Junqueira, María Cecilia](#), “El recurso directo y las resoluciones del INPI en los nuevos procedimientos de oposición, nulidad y caducidad de marcas”, LA LEY 30/10/2020, 1, TR LALEY AR/DOC/2999/2020

[Cortese, Martín A.](#), “Rulemaking para la observancia de derechos de marcas comerciales: reglamentación de la administración para los procedimientos de nulidad y caducidad”, ADLA 2020-2, 27, TR LALEY AR/DOC/139/2020

Libro recomendado

[Contrato y Mercado](#)

Autor: Santarelli, Fulvio G.

Edición: 2018

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Columna de opinión continuación

La suma de todos los atropellos

Cristian H. Caminos

I. Introducción

En la tarde del 25/11/2021 los argentinos nos anoticiamos que el Banco Central de la República Argentina había expedido la Comunicación “A” 7407 conforme a la cual se estableció “...con vigencia a partir del 26/11/2021, que las entidades financieras y no financieras emisoras de tarjetas de crédito no deberán financiar en cuotas las compras efectuadas mediante tarjetas de

crédito de sus clientes —personas humanas y jurídicas— de pasajes al exterior y demás servicios turísticos en el exterior (tales como alojamiento, alquiler de auto, etc.), ya sea realizadas en forma directa con el prestador del servicio o indirecta, a través de agencia de viajes y/o turismo, plataformas web u otros intermediarios”.

Se trata, como ya es lamentable costumbre de la autoridad monetaria, de una regu-

lación huérfana de justificaciones previas; y lo real y cierto es que las dadas *ex post facto* por la vocera presidencial —Gabriela Cerruti— respecto a que se trata de una “medida momentánea”, y que se adopta aun con “reservas robustas” en el BCRA (1), tampoco las entendemos satisfactorias.

Por ello es que estas breves líneas buscarán elucidar, en un primer momento, la juridicidad de la Comunicación (apartados II a IV), para avanzar, en un segundo, a examinar las razones por las cuales se ha decidido —utilizando el vocablo de modo schmittiano— implementar esta medida (apartado V) y reflexionar sobre la utilidad que pueda llegar a producir en los hechos (apartado VI).

II. Primer atropello: la Comunicación no se publicó tempestivamente en el Boletín Oficial

El Código Civil y Comercial Argentino, en su artículo 5º, dispone: “Vigencia. Las leyes

rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”.

Pues bien, la “publicación oficial” a la que se refiere este artículo es la que se vehiculiza en el Boletín Oficial de la República Argentina que, en virtud de lo dispuesto por el primer párrafo del art. 5º del dec. 659/47, “...editaré todos los días laborales establecidos para la Administración Pública Nacional... en la Ciudad de Buenos Aires, publicando en él el texto oficial de las leyes que hayan sido promulgadas por el Poder Ejecutivo y los decretos, resoluciones, informes y demás datos que las instituciones oficiales le envíen con la finalidad de hacer conocer el estado y movimiento de la Administración nacional y lo ordenado por las leyes y decretos especiales”.

En concordancia con lo actualmente reglado por el Código Civil y Comercial,

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Remitimos a la nota periodística «Gobierno afirma que las trabas para financiar viajes al exterior serán “momentáneas”», publicada el 26/11/2021 en el sitio web

de Ámbito Financiero (<https://www.ambito.com/economia/turismo/gobierno-afirma-que-las-trabas-financiar-viajes-al-exterior-seran-momentaneas-n5324688>). Artículo consultado el 28/11/2021.

el art. 6º del decreto en cuestión señala que “Los documentos que se inserten en el Boletín Oficial de la República Argentina serán tenidos por auténticos y obligatorios por el efecto de esa publicación y, por comunicados y suficientemente circulados, dentro de todo el territorio nacional”.

Si nos atenemos al contenido de la Comunicación “A” 7407 del BCRA, toda vez que su alcance comprende a la generalidad de las entidades financieras y no financieras que emiten tarjetas de crédito; fácil es verificar que nos encontramos frente a un acto de naturaleza reglamentaria. Y así, dado que esta Comunicación es la expresión del ejercicio de la función materialmente legislativa (en virtud de su vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico (2) y la indeterminación de sujetos que eventualmente deban ajustarse a su régimen); desde tal temperamento la razón para que deba ser publicada en el Boletín Oficial es la misma que hace obligatoria la publicidad de las leyes formales, pues constituyen la base de la presunción del conocimiento de la Ley, atribuida a todos los habitantes de la Nación.

Despejado que fuera ello, es preciso recordar que si bien la Comunicación en cuestión ha sido fechada el 25/11/2021, y afirmaba que produciría efectos a partir del 26 de noviembre, hasta la fecha en que esta pieza fue escrita (28/11/2021), su texto no ha sido incorporado al Boletín Oficial de la República Argentina (3). De hecho, la última Comunicación “A” publicada, a la fecha de referencia, es la N° 7398, en el Boletín Oficial del 16/11/2021.

Dicho esto, la conclusión deviene la mar de sencilla: la Comunicación “A” 7407 es inaplicable, por carencia de vigencia, en tanto y en cuanto no sea publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (4).

(2) Como podrá haberse verificado, de su texto no surge ningún atisbo relativo a la transitoriedad de al que habló la vocera presidencial.

(3) De hecho, ingresando al buscador de comunicaciones del Banco Central de la República Argentina (cuya página web es http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Buscador_por_tipo_y_numero.asp) al 28 de noviembre se informaba que esta Comunicación se había publicado en el Número “0” del Boletín Oficial.

(4) La publicación, finalmente, se realizó el 29/11/2021.

(5) COVIELLO, Pedro José Jorge, “La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema”, en EDA, 2012-123.

(6) “La motivación del acto ni por asomo es exponente de un recaudo simplemente formal, aunque integre la forma exterior del acto y esto acontece porque —como ya le hemos repetido— todo el derecho público es forma. La motivación responde a valores que debe defender el jurista y la ciudadanía toda. Se ha expuesto que la razonabilidad es de la esencia de la actividad jurídica pública, y entonces, su valor esencial no puede trastocarse al manifestarse en forma objetiva, como es la motivación que se manifiesta como objetividad de la razonabilidad que deben contener todos los actos administrativos. La inclusión, como requisito esencial del acto, responde a varios valores sustanciales y al más profundo que caracteriza al Estado democrático, que impone apodícticamente que todos sus actos deben ser públicos”. FIORINI, Bartolomé, “Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 422.

(7) Alberdi enseñaba que “Los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados. La mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión, y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador, y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer”. ALBERDI, Juan Bautista “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina”, en ídem (1952) *Obras Escogidas*, Buenos Aires, t. I, p. 212.

III. Segundo atropello: la Comunicación no se encuentra motivada

Abrevando en lo que Coviello (5) o Fiorini (6) sostiene respecto de la necesidad de motivación de los actos administrativos, la justificación suficiente de toda decisión gubernamental es un desprendimiento de la forma republicana que consagra nuestra Constitución Nacional, la cual implica la publicidad de los actos expedidos por las autoridades, permitiendo que los habitantes del país conozcan no solo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también por qué actúa así (7).

Permítasenos ser prolijos en la insistencia. La motivación se integra tanto con la exteriorización de la causa del dictado del reglamento, como también de su finalidad, pues “En el marco del régimen democrático del cual el Estado de Derecho es su manifestación jurídica, repugna que se tomen decisiones que no estén justificadas en los antecedentes y el derecho aplicables, y en la finalidad que se tiene en cuenta en su adopción” (8). Este punto es particularmente crítico cuando nos encontramos frente a un reglamento administrativo, cualquiera sea su especie, pues como señala Bianchi “...el loable esfuerzo por controlar la emisión de un acto administrativo no se ha extendido a la de los reglamentos. La omisión es curiosa, pues no caben dudas de que estos últimos tienen un fuerte déficit democrático, pues no proceden de un cuerpo legislativo representativo, y poseen, además, un impacto mucho mayor en los administrados que los actos administrativos. Como normas de alcance general, aplicables a un número indeterminado de sujetos, los reglamentos potencialmente pueden afectar mucho más los derechos de los individuos que los actos administrativos” (9).

Luego, el examen de la motivación de cualquier arco gubernamental dista mucho de ser un preciosismo estéril, para convertirse en un verdadero deber de la vida en democracia (10).

(8) COVIELLO, Pedro José Jorge “El debido proceso adjetivo”, en RDA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 1020.

(9) BIANCHI, Alberto B., “El Control Constitucional de los Reglamentos Delegados (Una Comparación entre la Argentina y los Estados Unidos)”, RDA 2014-91, 43.

(10) Bien que desde una perspectiva que no compartimos, Unamuno acertadamente decía que “...la democracia nos impone más obligaciones y deberes que nos confiere privilegios y derechos. Y el primer deber que la democracia nos impone es el de interesarnos en el manejo de la cosa pública, de la *res publica*”. UNAMUNO, Miguel de, “Antología”, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1964, p. 377.

(11) Como enseña Hegel, “la verdad del ser es la esencia”. Profundizando esta sentencia, nos dice: “En cuanto que el saber quiere conocer lo verdadero, lo que el ser es en y para sí, no se está quieto cabe lo inmediato y sus determinaciones, sino que lo atraviesa de parte a parte, con la presuposición de que detrás de este ser hay aún algo otro que el ser mismo”. Por eso dirá que la esencia “...diferencia las determinaciones que en sí contiene; porque ella es repulsión de sí o indiferencia frente a sí, referencia negativa a sí, con lo que se pone enfrente de sí misma, y no es ser para sí infinito, sino en la medida en que es la unidad consigo dentro de esta su diferencia de sí”. En cuanto a la apariencia, el alemán nos dirá que es la forma de designar el *status* ontológico de un fenómeno transitorio. Por ello “...lo inmediato, diferente todavía de la esencia, no es meramente un estar inesencial, sino lo inmediato en y para sí nulo; es solo una antiesencia: es la apariencia”, HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Ciencia de la Lógica”, Universidad Autónoma de Madrid/Abada Editores, Madrid, trad. por Félix Duque, t. I -*La Lógica Objetiva*, ps. 437 y ss.

(12) GROISMAN, Enrique I., “Facultades Reglamentarias del Banco Central”, LA LEY 120-1106.

(13) GARGARELLA, Roberto, “Preámbulo” en GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastián (dirs.), “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 11.

(14) Romero sostiene un temperamento diferente al nuestro —y entendemos que todavía más severo— al

Ahora bien, el problema está en que este Reglamento, como todos los que se localizan en el buscador de Comunicaciones de la página del BCRA (e incluso, como todas las Comunicaciones efectivamente publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina), carece de considerandos, exposiciones de motivos o cualesquiera que sean las formas con que busque exteriorizar el conjunto de antecedentes de hecho y de derecho que expliciten la necesidad de su libramiento.

Lo que es lo mismo, la Comunicación, al no “comunicar” su considerando, carece de motivación.

Luego, vulnera la forma republicana de gobierno.

En resumidas cuentas, repugna al art. 1º de la Constitución de la Nación Argentina.

IV. Tercer atropello: inconstitucionalidad de la Comunicación, por excederse en su competencia

Si bien, a la luz de la prolífica producción reglamentaria del Banco Central en materia de políticas financieras, parecería que nuestra indagación es cuanto menos superflua; como no todo lo que “aparenta ser”, realmente “lo es” (11), conviene repreguntarse si no estamos ante una anomalía que, en virtud de su obvia cotidianidad, la soslayamos por fuerza de su reiterada costumbre.

Constitucionalmente la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal (art. 1º), pero lo que evadimos a partir de este dato ostensible es que “en el sistema republicano de gobierno no puede delegarse en organismos no representativos o en funcionarios no electivos la responsabilidad de orientar una política” (12). El sustento de esta afirmación radica en que “...la primera y última autoridad detrás de la Constitución es el pueblo mismo. La Constitución deriva su legiti-

sostener “...que la única facultad otorgada por la Constitución Nacional al Congreso de la Nación, es la de fijar el valor de la moneda, en tanto el poder de policía sigue siendo materia reservada a las Provincias por la Constitución Nacional; por cierto que eso no ha obstado a que se avanzara sobre la Constitución Nacional y que muchos autores sustenten la autoridad del BCRA, que interpretan como justificativo de la función legisferante ejercida por esta entidad, tanto como del ejercicio del poder de policía en todo el país”. ROMERO, Esteban José Ignacio, “Las Circulares del Banco Central de la República Argentina y el Derecho Cambiario”, LLC-2003, 666.

(15) “Corresponde al Congreso... 6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”.

(16) “Corresponde al Congreso... 11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación”.

(17) “Corresponde al Congreso... 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”.

(18) Desde ya, discrepamos completamente con la doctrina que enarbola la “autonomía” del BCRA (a mero título ejemplificativo LANÚS OCAMPO, María Cecilia “El Banco Central de la República Argentina. Rol, Misiones y Funciones”, publicado en el Suplemento Actualidad del diario LA LEY, del 17 de mayo de 2007), por sendas razones de orden constitucional y legal. En términos Constitucionales, el carácter autónomo —en tanto independencia funcional— está únicamente referido a: 1) las Universidades Nacionales (art. 75 inc. 19º tercer párrafo); 2) la Auditoría General de la Nación (art. 85 tercer párrafo); 3) el Defensor del Pueblo de la Nación (art. 86 primer párrafo); 4) el Ministerio Público (art. 120 primer párrafo); 5) los Municipios (art. 123); 6) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129). El Banco Central, obviamente, no está comprendido en dicha enumeración, y si tenemos en cuenta que el Congreso sí tiene el deber de garantizar la autonomía de las Universidades, mas no la del Banco

Central, como no cabe presuponer inconsecuencia en el constituyente; hablar de “autonomía” del BCRA es tanto como colocarse a extramuros de nuestro Texto Fundamental. Coincidentemente, a nivel legal es la Carta Orgánica del BCRA el que solamente le atribuye carácter “autárquico” (art. 1º) y la claridad del texto impone atenerse a su literalidad. En este sentido, reiteradamente sostiene la Corte que “...la primera fuente de interpretación de la leyes su letra y... cuando esta no exige es fuerza para determinar su sentido debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042; 320:61 y 305; 323:1625, entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 313: 1007)” [C.S.J.N. “Pirelli Neumáticos SAIC (TF 24.913-1) y otro c/ DGI y otro s/ recurso directo a cámara (Fallos 340:644, Considerando 12º)].

Lo anterior no es una mera disquisición doctrinaria, sino que posee engarce en nuestra Carta Magna al ser el Congreso de la Nación el constitucionalmente habilitado para fijar la política monetaria (14) [art. 75 incs. 6 (15), 11 (16) y 19 primer párrafo (17)].

Coincidentemente, y como no podía ser de otra manera, la Carta Orgánica del BCRA no deposita en el organismo autárquico (18) la fijación de este tipo de políticas, sino su ejecución, o el asesoramiento al Congreso o al Ministerio de Hacienda en materia financiera y de régimen de cambios [arts. 3 (19) y 29 inc. a) (20), conforme redacción dada por ley 26.739 (21)].

Por si acaso los argumentos que brinda el derecho positivo no son suficientes, recordemos que en 1876 fue la Corte (integrada entonces por el otrora Convencional Constituyente, José Benjamín Gorostiaga), la que señaló, en ocasión de interpretar el art. 67 inc. 5º (22) de la Constitución de 1853/60, que “Nuestros constituyentes, penetrados de la importancia de una institución de esa naturaleza para la administración pública y para el país en general, quisieron ponerla a disposición del Gobierno, salvando al mismo tiempo el grande obstáculo que había encontrado en el silencio de la Constitución Norte Americana” (23) (las bastardillas nos pertenecen).

En este caso en particular, la conclusión es aún más obvia. Coincidimos con Orlanski y Cardozo García en que las regulaciones económico-cambiarías deben tener basamento en leyes del Congreso (24); y en este particular caso, que regula uno de los supuestos del derecho a salir del país (art. 14 CN), la necesidad de que la limitación provenga de una Ley formal del Congreso, y no de una Comunicación carente de motivación y publicación oficial,

Central, como no cabe presuponer inconsecuencia en el constituyente; hablar de “autonomía” del BCRA es tanto como colocarse a extramuros de nuestro Texto Fundamental. Coincidentemente, a nivel legal es la Carta Orgánica del BCRA el que solamente le atribuye carácter “autárquico” (art. 1º) y la claridad del texto impone atenerse a su literalidad. En este sentido, reiteradamente sostiene la Corte que “...la primera fuente de interpretación de la leyes su letra y... cuando esta no exige es fuerza para determinar su sentido debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042; 320:61 y 305; 323:1625, entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (Fallos: 313: 1007)” [C.S.J.N. “Pirelli Neumáticos SAIC (TF 24.913-1) y otro c/ DGI y otro s/ recurso directo a cámara (Fallos 340:644, Considerando 12º)].

(19) “El Banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social”.

(20) “El Banco Central de la República Argentina deberá: a) Asesorar al Ministerio de Economía y al Honorable Congreso de la Nación, en todo lo referente al régimen de cambios y establecer las reglamentaciones de carácter general que correspondiesen”.

(21) Con anterioridad al dictado de esta Ley la respuesta no variaba. Ver CARRICART, Mariano E.; CLAUSEN, Astrid, “Regulación del Banco Central de la República Argentina en Materia Cambiaria”, LA LEY, 2005-B, 1163.

(22) Que daba facultad al Congreso para “Establecer y reglamentar un Banco Nacional en la Capital y sus sucursales en las Provincias, con facultad de emitir billetes”.

(23) CS, “El Banco Nacional c. D. Francisco Villanueva por cobro de pesos s/ incidente sobre competencia” en Fallos 18:162.

(24) ORLANSKI, Leonardo - CARDOZO GARCÍA, Pablo A., “La regulación cambiaria y los sumarios del BCRA. Una brecha insuperable entre la Constitución y la realidad”, SJA 2016/10/19, 29.

no puede ser discutida. Haciendo propios uno de los argumentos de la Opinión Consultiva OC 06/86 de la Corte IDH, respecto del art. 30 del Pacto de San José, «...no es posible interpretar la expresión *leyes*... como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (25)».

No desconocemos que se puede argumentar, contra nuestra postura, que si bien en Argentina hay argumentos de derecho positivo para considerar al turismo como derecho fundamental o humano (26), desde que el art. 14 reconoce el derecho a salir del país, y el 14 bis le garante al trabajador el derecho a las vacaciones pagas; tal situación no comprende los viajes al extranjero. Así, podría sostenerse que la ley 25.997 —en tanto reglamentaria del derecho al turismo— ha declarado que únicamente el turismo dentro de nuestras fronteras es el considerado esencial (27) y por lo tanto solamente él es el que requiere de una Ley formal del Congreso para ser regulado

Contra ese argumento nosotros entendemos que esa diferenciación no es respetuosa del Texto Fundamental, que coloca en igualdad de nivel a todos los aspectos que reconoce del derecho de locomoción [entrar, permanecer, transitar y salir de nuestro territorio (28)]; al tiempo que soslaya que autorizada doctrina ha afirmado que el derecho a salir del territorio “...no

se limita a la mera posibilidad física de cruzar la frontera, sino que debe incluir lo necesario para que el viaje y la estadía sean posibles.” Así, por ejemplo, las tasas elevadas a la obtención de pasaportes, las disposiciones cambiarias que limitan excesivamente o enervan la posibilidad de viajar al exterior, prohibiendo la adquisición de divisas, son inconstitucionales” (29).

En este caso, debemos recordar que llevamos 25 meses de progresivas trabas cambiarias y financieras, que tornan cada vez más ilusoria la posibilidad de viajar al exterior. A solo título enumerativo, recordamos que:

1) El 28/09/2019, el BCRA expidió la Comunicación “A” 6815, mediante la cual estableció un límite de u\$s 2200 mensuales para la compra sin autorización de moneda extranjera, por parte de personas humanas residentes en el país.

Cabe recordar que, de acuerdo con el comunicado de prensa de la autoridad monetaria, “Esta normativa es transitoria, mantiene la plena libertad para extraer dólares de las cuentas bancarias, tanto para personas físicas como jurídicas, no afecta el normal funcionamiento del comercio exterior ni del turismo” (30).

2) El 23/12/2019 se publicó la Ley de Emergencia N° 27.541, que en su Capítulo 6 crea, por cinco períodos fiscales (31), el Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria, que en lo que hace al objeto de esta comunicación aplica una alícuota del 30% a la adquisición de divisas en moneda extranjera.

3) El 15/09/2020 el BCRA emite la Comunicación “A” 7106, mediante la cual ordena que los consumos en el exterior con tarjeta de débito con débito en cuentas locales en pesos y los montos en moneda extranjera adquiridos por las personas humanas en el mercado de cambios —a partir del 1 de septiembre de ese año—, incluyendo los pagos por los consumos en moneda extranjera efectuados mediante tarjetas de crédito, serán deducidos, a partir del mes calendario siguiente, del

máximo establecido del mes calendario para la compra de moneda extranjera por parte de personas humanas para la formación de activos externos, remisión de ayuda familiar y por operaciones con derivados.

4) En el mismo día, la AFIP expide la Resolución General 4815/20, mediante la cual establece un régimen de percepción que se aplicará sobre las operaciones alcanzadas por el “Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria”, agregando así un 35% de carga tributaria a la adquisición de divisas extranjeras (32).

Si a esta enunciación sumamos el hecho de que, acudiendo a la Encuesta Permanente de Hogares que elaboró el INDEC para el primer semestre de este año, el 40,9% de la población se encuentra bajo la línea de pobreza (33), llegamos a la conclusión de que la inmovidada y no publicada Comunicación “A” 7407, en puridad, ha prohibido a prácticamente la mitad de la población del país, la posibilidad de viajar al extranjero, lo que demuestra la enorme incidencia de esta regulación decidida por una autoridad que no es elegida por la ciudadanía.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la Corte, en el precedente “Rizzo (34)”, señaló que los mandatos del Texto Fundamental condicionan la actuación de los poderes constituidos (35), la única conclusión permitida es que el BCRA se encuentra constitucionalmente habilitado para el dictado de Reglamentos como las Comunicación “A” 7407, si y solo si, el Congreso de la Nación previamente ha fijado los lineamientos de la política financiera que dicha Comunicación implementa (36). Como tales lineamientos no existen, el fundamento constitucional (37) de las comunicaciones desaparece.

Sin perjuicio de lo expuesto, de momento hagamos de cuenta que estamos ante un Reglamento conforme a la Constitución (38) y analicemos la cláusula objeto de esta comunicación

V. ¿Por qué se dictó este reglamento administrativo?

A partir de las palabras vertidas por la vozera de la presidencia, y a falta de motivación del reglamento, podemos afirmar que la razón de esta nueva regulación estriba en la necesidad imperativa de custodiar las pocas reservas brutas que le quedan al BCRA.

En efecto, si bien es verdad que entre el 4 de enero y el 24 de noviembre de 2021 las reservas internacionales pasaron de u\$s 39.501 millones a u\$s 42.233 millones (39), lo que implica un aumento de u\$s 2732 millones de las reservas brutas; un mínimo análisis muestra que la entidad monetaria debería contar con reservas mucho más sólidas, dado que:

1) El 23 de agosto de 2021, ingresaron al país u\$s 4334 millones, que es la cifra a la que se llega cuando se convierten los Derechos Especiales de Giro que el FMI le giró al país, a consecuencia de la ayuda que el organismo multilateral había dispuesto en el contexto de la pandemia de la COVID-19.

2) A octubre de 2021, la balanza comercial de Argentina era superavitaria por u\$s 13.940 millones, de acuerdo al informe de Intercambio Comercial Argentino elaborado por el INDEC (40).

3) A consecuencia de la restructuración de la deuda negociada por la Argentina, y de los severos controles de cambios imperantes, el país prácticamente no ha tenido egresos en concepto de pagos de servicios de deuda o formación de activos externos (“fuga de capitales”).

Como podrá verse, un crecimiento de las reservas brutas de apenas u\$s 2732 millones, frente a ingresos por u\$s 18.274 millones, muestran una enorme pérdida de capital.

¿Esa pérdida se explica por el turismo emisor?

Si nos detenemos en las últimas Estadísticas de Turismo Internacional que publicó el IN-

(25) Párrafo 26 de la Opinión Consultiva. En el párrafo 27, ampliando fundamentos, se puede leer que “La expresión *leyes*, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo *leyes* cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión *leyes*, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de *ley formal*, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.

(26) “...defino los Derechos Humanos como aquellos que protegen la dignidad de la persona humana, y sus valores derivados libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de las necesidades, tanto físicas, psíquicas como morales, y que derivan en características y principios propios, de carácter general y normas jurídicas básicas de protección”. WLASIC, Juan Carlos, “Manual Crítico de Derechos Humanos”, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 30.

(27) De acuerdo con los 3 párrafos del art. 1º de la Ley mencionada “Declárase de interés nacional al turismo como actividad socioeconómica, estratégica y esencial para el desarrollo del país. La actividad turística resulta prioritaria dentro de las políticas de Estado”. “El turismo receptivo es una actividad de exportación no tradicional para la generación de divisas, resultando la actividad privada una aliada estratégica del Estado. Son actividades directa o indirectamente relacionadas con el turismo las que figuran en el Anexo I, conforme la clasificación internacional uniforme de las actividades turísticas de la Organización Mundial de Turismo”. “Objeto. La presente ley tiene por objeto el fomento, el desarrollo, la promoción y la regulación de la actividad turística y del recurso turismo mediante la determinación de los mecanismos necesarios para la creación, conservación, protección y

aprovechamiento de los recursos y atractivos turísticos nacionales, resguardando el desarrollo sostenible y sustentable y la optimización de la calidad, estableciendo los mecanismos de participación y concertación de los sectores público y privado en la actividad”.

(28) De hecho, la doctrina entiende que el derecho a salir del territorio nacional es la necesaria contracara del derecho a ingresar a él. Ver el aporte de MALDONADO, Marta S. en SABSAY, Daniel A. (dir.); MANILI, Pablo L. (coord.), “Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 1, p. 403.

(29) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2016, 3ª ed. actualizada por Pablo Luis Manili, t. I, p. 462.

(30) Ver <http://www.bkra.gov.ar/Noticias/Adecuaciones-para-protger-la-estabilidad-cambiaria.asp>. Página consultada el 28/11/2021.

(31) Ver art. 35 de la Ley.

(32) Es verdad que de acuerdo con el art. 7º de la Disposición General, los sujetos a quienes se les hubieran practicado las percepciones establecidas en la presente, que no sean contribuyentes del impuesto a las ganancias o, en su caso, del impuesto sobre los bienes personales, y que, consecuentemente, se encuentren imposibilitados de computar las aludidas percepciones, podrán solicitar la devolución del gravamen percibido. Sin embargo, dicho pedimento debe ser efectuado una vez finalizado el año calendario en el cual se efectuó la percepción. Y en una economía tan altamente inflacionaria como la Argentina, ello significa padecer mayores o menores cantidades de pérdida de poder adquisitivo, conforme sea la velocidad en que la autoridad recaudadora responda.

(33) https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_09_21324DD61468.pdf

(34) CS, “Estado Nacional s/ Interpone Recurso por Salto de Instancia en Autos: “Rizzo, Jorge Gabriel (Apo-derado Lista 3 Gente de Derecho) s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26855, Medida Cautelar (Expte. N° 3034/13)”, publicado en Fallos 336:668.

(35) “La actuación de los tres poderes del Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de

república democrática que establece la Constitución Federal (artículos 10, 31 y 36). Los mandatos de su texto han sido establecidos por el poder constituyente del pueblo; y por esa razón condicionan la actividad de los poderes constituidos. El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos. Que asimismo cabe señalar que es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (Fallos: 137: 47, entre otros). La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos: 32:120, entre otros)” (considerandos 6º -segundo párrafo- y 7º del voto mayoritario).

(36) En contra se pronuncia Apostolidis, para quien “La complejidad y la importancia que reviste la política monetaria para el desarrollo del país y para el desenvolvimiento de la economía nacional hacen imposible que un órgano como el Congreso, que no tiene carácter técnico ni cuenta con una estructura que le permita asumir directamente la función, tenga la capacidad para dirigirla y cumplir con los requerimientos que dicha tarea demanda. Así, pues, dada la naturaleza de la política monetaria, la Constitución ha previsto la creación de un organismo financiero que se erija como autoridad monetaria del país y cumpla la función que titulariza el Poder Legislativo. Esto quiere decir que el propio texto constitucional ha reconocido expresamente una desconcentración funcional en el BCRA” (APOSTOLIDIS, Federico M. comentario al art. 75 inc. 6 en GARGARELLA y GUIDI, ob. cit., t. II, p. 241). Si bien coincidimos en la caracterización de la política monetaria y en la descripción -estática- hecha del Congreso, no compartimos la existencia de una “desconcentración funcional”, no solamente por no localizarla en el texto constitucional, sino sobre todo porque adecuadamente interpretado el inc. 32 del art. 75 CN (“Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos

los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”) habilita perfectamente al Congreso para dotarse de la estructura, mecanismos y procedimientos que fueren menester para, insistimos, la fijación de los lineamientos de la política financiera. A ello debemos sumar que, merced a una interpretación sistemática y teleológica de todo el Texto Constitucional, si el art. 76 impone el dictado de una Ley de Bases para que otro Poder electivo del Estado (el Ejecutivo) pueda ejercitar la delegación: ¿Cómo es posible que un ente autárquico, cuyas autoridades no surgen directamente del sufragio popular, prescindiera del dictado siquiera de una Ley de Bases para ejercer funciones que el Constituyente ha fijado en el Congreso de la Nación?

(37) Recordando al maestro Bielsa que, en ocasión de comentar la ley 12.155 de creación del Banco Central, enseñaba: “No corresponde al derecho constitucional lo relativo a la organización administrativa de esta institución y similares. Pero le interesa todo aquello que en ese régimen puede afectar la libertad de comercio e industria, regular el valor de la moneda, destruir o aminorar su valor adquisitivo —porque es una lesión al derecho de propiedad— y llega a ser, si el deudor es el Estado, como en el caso de empréstitos públicos, una *expropiación irregular*, ya que estaría en manos de aquel el recurso de extinguir obligaciones con moneda de valor efectivo muy inferior al real...”. BIELSA, Rafael, “Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 588 (Las bastardillas nos pertenecen).

(38) Este “hacer de cuenta” goza de una salud de hierro conforme pasan las décadas. Hace más de 40 años nos decía Quiroga Lavie: “La fijación por el Congreso del valor de las monedas extranjeras ha sido desvirtuada en la práctica por la delegación de dichas funciones a un órgano administrativo: el Banco Central”. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Derecho Constitucional”, Cooperadora de Derecho y ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 700.

(39) Datos disponibles en http://www.bkra.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Principales_variables_datos.asp

(40) Ver https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/ica_11_2134E2C3A5C5.pdf

DEC —septiembre de 2019 (41)—, nos anoticiaremos que en los primeros 9 meses del año, en concepto de turismo receptivo, ingresaron a nuestro territorio 78.200 personas, mientras que en calidad de turismo emisoro fueron 379.900 las que salieron de nuestro país.

Desde esa perspectiva, quizás podría aventurarse que nuestra balanza turística presenta un déficit lo suficientemente acuñante como para dar algún andamio a esta Comunicación.

Sin embargo, un examen más detenido impone desestimar esta conclusión.

Si acudimos al último informe de Evolución del Mercado de Cambios y Balance Cambiario que publica el BCRA (octubre

2021): “En el contexto de la continuidad de las restricciones migratorias, por la pandemia del COVID-19, el déficit neto de la cuenta de “Viajes, pasajes y otros pagos con tarjeta” continúa en niveles por debajo de los observados históricamente hasta principios de 2020” (42). Y coincidentemente con esa afirmación, si sumamos los totales informados por el BCRA en concepto de “Viajes y pasajes y otros con tarjeta” en los balances cambiarios correspondientes a los primeros diez meses del año, advertiremos que la autoridad monetaria informó del egreso de u\$s 1748 millones; una cifra sustancialmente menor al superávit comercial.

Luego, claramente no es el déficit de la balanza de turismo el que explica el cuadro de las reservas del Banco Central y, por tanto, tampoco

estamos ante una medida razonable, si lo que se pretende es mantener reservas “robustas”.

En resumen, recordando la doctrina pretoriana conforme la cual las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, entendiendo “irrazonabilidad” como la falta de adecuación de los medios arbitrados respecto de los fines cuya realización se procura [Fallos 299:428 (43), 310:2845 (44), 328:566 (45), 338:1455 (46), 344:126 (47)], la Comunicación “A” 7407 también vulnera al art. 28 CN.

VI. ¿Tiene alguna utilidad esta reglamentación?

Sintéticamente, no. Ello porque el déficit de la balanza turística continuará, de

la mano de la minoría de quienes puedan comprar vuelos, alojamiento y paquetes turísticos de contado; o gracias a esas maravillosas ofertas que ya hemos visto en los sitios digitales dedicados a la compraventa de productos o servicios, que ofrecen bolsas de cemento o lapiceras a precios estrafalarios, bien que como contrapartida “regalan” viajes al exterior.

A modo de conclusión, una normativa carente de temporánea vigencia, de motivación, de competencia en la autoridad que la expidió, falta de razonabilidad y también de utilidad.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3399/2021

(41) Ver https://www.indec.gov.ar/uploads/informes-deprensa/eti_11_219C62CFB0BD.pdf

(42) http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Informe_Octubre_2021.pdf

(43) Precedente “Juan Roberto Azar”, consid. 5º

(p. 430 del volumen).

(44) Precedente “Luis Magin Suárez”, primer párrafo del considerando 15º del voto mayoritario (p. 2884 del volumen).

(45) Precedente “Mabel Itzcovich v. ANSeS”, conside-

rando 5º del voto mayoritario (p. 581 del volumen).

(46) Precedente “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Ordinario”, primer párrafo del considerando 18º (p. 1475 del volumen).

(47) Precedente “Petcoff Naidenoff, Luis s/ Incidente de Inhibitoria”, cuarto párrafo del considerando 7º (p. 138 del volumen).

Nota a fallo

Testamento ológrafo

Disposiciones del Código Civil y Comercial. Necesidad de una pericia caligráfica para la autenticación de la firma del testador. Reconocimiento de parte de los herederos de la letra y firma de la testadora. Mejora al cónyuge supérstite.

1. - En el caso se encuentra presentado un testamento ológrafo del causante que mejora al cónyuge supérstite en el tercio de la disponible, hecho que no ha sido observado

por el resto de los herederos legitimarios, ni en su aspecto formal ni tampoco en la posible afectación de la legítima hereditaria, como tampoco oposición de terceros; por ello, les asiste razón a los recurrentes al oponerse a la realización de una pericia caligráfica (art. 2339 Cód. Civ. y Com.).

2. - Siempre que todos aquellos que pudieran impugnar el testamento ológrafo aceptan que fue realizado de puño y letra del causante, se torna superflua la pericia caligráfica (art. 2339 Cód. Civ. y

Com.). La exigencia de peritos puede encajarse el trámite, sobre todo cuando todos los herederos legitimarios reconocen la letra y firma del testador.

3. - Teniendo en cuenta los términos empleados por el legislador para establecer la exigencia probatoria del art. 2339 Cód. Civ. y Com., debe considerarse que, para poder tener por auténticas la escritura y firma del testador y, en consecuencia, ordenar la protocolización del testamento, corresponde la realización de una pericia caligráfica, con prescindencia de si las partes interesadas han cuestionado el instrumento (del voto en disidencia del Dr. Polo Olivera).

CNCiv., sala D, 10/08/2021. - Fernández, Héctor Manuel s/ Sucesión testamentaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/119597/2021]

Véase el texto completo en p. 8

Proceso sucesorio

Cinco razones de la innecesidad de la prueba pericial caligráfica para verificar la autenticidad del testamento ológrafo



Graciela Medina

Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

SUMARIO: I. Introducción y objetivos.— II. Los hechos del caso.— III. El testamento ológrafo.— IV. La firma del testamento ológrafo.— V. El proceso sucesorio testamentario.— VI. Cinco razones que fundamentan la innecesidad de la prueba pericial caligráfica cuando todos los herederos *ab intestato* y la cónyuge reconocen la autenticidad del testamento.— VII. Conclusión.

I. Introducción y objetivos

En el presente nos proponemos abordar la cuestión de la autenticación de la firma y grafía del testamento ológrafo, el porqué de su necesidad y la forma de su realización.

Este comentario surge a raíz de un fallo de la sala D de la Cámara Nacional Civil de la Capital dictado por los camaristas Gabriel Roller y Patricia Barbieri, con la disidencia del Dr. Gastón Polo Olivera.

Nos proponemos dar cinco razones que avalen la innecesidad de la prueba pericial para dar autenticidad a la firma y grafía del testamento ológrafo, cuando todos los herederos mayores y capaces la reconocen.

II. Los hechos del caso

Héctor Manuel Fernández falleció dejando como herederos a sus hijos Graciela, Marcelo, y Gerardo Fernández y a su cónyuge supérstite en segundas nupcias Cecilia Sanguine.

El causante otorgó un testamento ológrafo en el que mejora con un tercio a su cónyuge, ningún heredero cuestiona la mejora y todos quieren cumplir con la última voluntad del testador; a tal fin, los herederos y la cónyuge presentan el testamento en el proceso y solicitan su homologación.

El juez de primera instancia ordena realizar una pericia caligráfica, con un perito único de oficio para comprobar la autenticidad de la letra y firma del testador, que nadie había cuestionado. Los herederos se niegan a la realización de este peritaje, por considerarlo oneroso e innecesario y recurren la resolución mediante apelación ante la sala D de la Cámara Nacional en lo Civil.

Este tribunal con sólidos argumentos de dos de sus camaristas revoca el fallo en cuestión, arguyendo básicamente el desinterés en la pericia, cuando todos los herederos que pudieron cuestionar la disposición de última voluntad están de acuerdo en aceptar como válida la firma del *de cujus*.

III. El testamento ológrafo

El testamento ológrafo es una forma simple de disponer de los bienes para después de la muerte, que tiene como requisitos que debe ser todo escrito, fechado y firmado por el testador.

Esta forma de testar tiene ventajas e inconvenientes. Entre las primeras está el secreto acerca de la disponibilidad de bienes, la comodidad del testador, la economía y la simplicidad de formas frente a las requeridas para el testamento por acto público.

Entre los inconvenientes cabe señalar la posibilidad de que sea destruido por algún familiar del testador a quien el testamento perjudique. También resulta más fácil la captación de voluntad, la violencia y la falsificación, de allí la necesidad de controlar la autenticidad de la firma y escritura.

IV. La firma del testamento ológrafo

La firma es un elemento indispensable del acto, su ausencia lo torna inválido. El

art. 2477, párr. 3º dispone que “La firma debe estar después de las disposiciones”, por tanto, las disposiciones del testador escritas después de su firma carecen de validez.

El Código Civil y Comercial exige que la firma y letra sea probada por un perito calígrafo. Esta prueba encarece el juicio sucesorio; y coincidimos con la mayoría que suscribe el fallo, en que no debe ser exigida cuando los herederos *ab intestato* que pudieran impugnar el testamento reconocen la firma y esta resulta del reconocimiento de terceros.

Por ejemplo, si la testadora hace un testamento y mejora a su único nieto hijo de su único hijo y el hijo reconoce la firma, no tiene sentido la prueba pericial, porque quien podría impugnar el testamento está reconociendo la validez de la firma.

V. El proceso sucesorio testamentario

Los diferentes códigos de procedimientos de las provincias y de la Nación se ocupan de

definir los trámites y pasos procesales que deben seguirse ante la existencia de un testamento. En este caso, el proceso se centra en el análisis, por parte del juez, de la validez formal del testamento y el consecuente respeto de sus disposiciones, siempre que no se afecten normas de orden público, tales como las relativas a la legítima.

El Código Civil y Comercial de la Nación no regula en forma detallada el proceso sucesorio testamentario, sino que otorga una serie de pautas genéricas. Así el artículo 2339, bajo el título “Sucesión testamentaria”, distingue los supuestos de testamento por acto público y testamento ológrafo.

Cuando se trata de un testamento ológrafo, como es realizado en forma privada por el testador, resulta necesario que el juez verifique su autenticidad, para otorgarle la seguridad y certeza que tiene el instrumento público. Para ello el Código Civil y Comercial, en concordancia con las disposiciones procesales, dispone en el segundo párrafo del art. 2339: “Si el testamento es ológrafo debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo. Asimismo, si algún interesado lo pide, se le debe dar copia certificada del testamento. La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento mediante proceso contencioso”.

La norma indica el lógico requisito de apertura del testamento —si estuviere cerrado— y el clásico recaudo de que se labre un acta dejando constancia del estado material del documento. Además, agrega otra exigencia que hasta el momento no era requerida ni por el Código derogado ni por las legislaciones procesales; esto es, que se realice una pericia caligráfica sobre el testamento.

Esta exigencia es completamente innecesaria cuando todos los herederos *ab intestato* y la cónyuge reconocen la autenticidad de la escritura y de la firma del otorgante, porque es onerosa y retardataria.

Esto fue lo decidido en el fallo en comentario en una resolución impecable por su congruencia y fundamentación.

VI. Cinco razones que fundamentan la innecesariedad de la prueba pericial caligráfica cuando todos los herederos *ab intestato* y la cónyuge reconocen la autenticidad del testamento

A continuación daremos cinco razones que avalan nuestra postura, que es la misma que la que sostienen los camaristas que votan por la mayoría en la resolución comentada.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) PUCHETA, Leonardo L., “Nuevo Código: ¿nuevo orden público?”, *El Derecho* (Familia) 55/-22 (2014).

(2) DE LA FUENTE, Horacio H., “Orden público”, *Astrea*, 2003, p. 23.

VI.1. *El requerimiento de designación de un perito calígrafo para determinar la autenticidad de un testamento no es una disposición de orden público y puede ser dejada de lado, cuando la unanimidad de los herederos reconoce la firma*

En el derecho privado argentino han subsistido históricamente dos esferas limítrofes que podríamos denominar *individual*, por un lado, y *social*, por el otro. La primera, la de la autonomía de la voluntad, incluye las cuestiones que pueden ser libremente decididas por las partes. La segunda, la del orden público, constituye un límite para la anterior, excluyendo ciertas cuestiones del ámbito de la autonomía de la voluntad, en atención al valor que representan para los individuos y para la sociedad en su conjunto (1).

El orden público puede ser conceptualizado como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras (2).

Creemos que el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre intereses particulares.

Entendemos con Zannoni que el orden público, desde la perspectiva del derecho interno, delimita el territorio en que se desenvuelve la autonomía privada; y desde la óptica del derecho internacional, señala los límites a la aplicación del derecho extranjero (3).

Coincidimos con Kaller de Orchansky en que “El concepto de orden público se caracteriza por su variabilidad, mutabilidad y actualidad, por ello debe rechazarse toda tentativa de encerrarlo en un catálogo rígido. El conjunto de principios fundamentales que lo integran debe ser apreciado (...) en cada Estado, en cada caso concreto (...) en el momento de decidir, quienes deben valorar el derecho competente y emplear la excepción, solo cuando la aplicación del derecho amanece perturbar gravemente la paz social del Estado” (4).

Indiscutiblemente la norma que establece que el reconocimiento de firma del testamento ológrafo debe hacerse por perito no compromete el orden público, ya que no perturba gravemente la paz social ni afecta a derechos fundamentales, ni los principios sucesorios; y es por ello que cuando todos los sucesores mayores y capaces reconocen la firma, no se requiere la designación de un perito calígrafo.

VI.2. *El principio en materia sucesoria es que cuando todos los herederos son capaces, tienen la libre disposición de los bienes del*

(3) ZANNONI, Eduardo en el prólogo al libro de DE LA FUENTE, Horacio “Orden Público”, *Astrea*, p. 7.

(4) KALLER de ORCHANSKY, Berta, “Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado”, p. 142.

causante y pueden hacer la partición como lo juzgue conveniente

En materia sucesoria el principio general es que cuando todos los herederos son capaces y mayores de edad, pueden libremente decidir por unanimidad sobre la forma de distribución de los bienes.

Ello surge de lo dispuesto por el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. que establece: *Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.*

Esta disposición nos demuestra la innecesariedad de la realización del peritaje caligráfico del testamento ológrafo, cuando todos los herederos *ab intestato* y la cónyuge supérstite en forma unánime reconocen el testamento, porque si se los obliga a realizar un costoso peritaje para hacer cumplir el testamento, a ellos les bastaría con iniciar un proceso sucesorio *ab intestato* y lograr la partición en la misma forma dispuesta por el causante, con un desgaste jurisdiccional inútil y una falta de respeto por una de las formas más baratas y cómodas de testar.

VI.3. *La necesidad de la interpretación integral del ordenamiento jurídico*

Las normas hoy no pueden ser interpretadas aisladamente, sino que deben ser interpretadas integralmente y de buena fe.

Es que, como señalaba el maestro Borda, felizmente impera hoy un nuevo concepto sobre la interpretación de la ley. Ya no es posible pensar que el juez tiene frente a la ley un papel pasivo, como si fuera extraño al ordenamiento jurídico en sí mismo. Por el contrario, integra el orden jurídico, está inserto en él como un elemento vivo, destinado a darle a la ley la flexibilidad que le permita brindar no solo una justicia más ajustada a las circunstancias del caso y de las personas, sino también más sensible a las cambiantes exigencias sociales.

No hay que olvidar que el culto del formalismo es una aberración y nace de una concepción falsa del derecho. La vida no está al servicio de los conceptos, sino estos al servicio de la vida. Hay que atenerse no a lo que ordene la gramática de una norma aislada, sino a lo que exija la vida, la sociedad, el sistema jurídico interpretado en su integralidad.

Y por sobre todas las cosas hay que tener en cuenta que el principio de que las declaraciones de voluntad han de ser interpretadas de “buena fe” es aplicable también a las declaraciones de voluntad del legislador, es decir, a la ley.

En este sentido el art. 2339 debe ser interpretado dentro de la integralidad del ordenamiento jurídico y valorando especialmente los principios sucesorios. En este orden de ideas no se lo puede aplicar aisladamente en contra de la voluntad unánime de todos los herederos y del cónyuge supérstite.

Es que elementales razones de justicia impiden juzgar olvidando el elemento siste-

mático que permite interpretar la ley atendiendo a sus conexiones con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluidos los principios generales del derecho.

VI.4. *Razones de economía procesal*

Un país con solidez institucional requiere que la Justicia funcione adecuadamente y garantice soluciones rápidas, confiables, económicas e imparciales, además de resultar accesible y tener cercanía con la gente.

Indiscutiblemente exigir la realización de una pericia caligráfica, cuando solo es necesaria para cumplir una formalidad vacía de contenido porque no es requerida por las partes, ni hace al orden público ni a la seguridad jurídica, no contribuye en nada a lograr una justicia accesible, ni es eficaz, porque contradice las más elementales normas de economía procesal.

VI.5. *La seguridad jurídica y la posibilidad de plantear la nulidad*

La seguridad jurídica se encuentra garantizada, si todos aquellos que podrían plantear la ineficacia del testamento dan su conformidad con la autenticidad de la firma allí asentada; y para la hipotética y remota posibilidad de que el acreedor de un heredero se viera perjudicado por una maniobra fraudulenta para disminuir el patrimonio del heredero deudor, tendrá siempre la acción de nulidad a su disposición.

VII. Conclusión

Al interpretar una norma procesal como lo es aquella que exige una prueba pericial para demostrar la autenticidad de la firma y grafía del testamento, el juez debe tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales y realizar una interpretación sistémica del ordenamiento, para no caer en pobrismo jurídico y desatención de las expectativas del justiciable.

La instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales; y las normas sustanciales en materia testamentaria aluden al respeto a la voluntad del causante, la inviolabilidad de la legítima, la exigencia de que el testamento ológrafo sea hecho de puño, letra y firma del testador; y que cuando todos los herederos son capaces, pueden disponer la partición de la herencia como lo estimen conveniente, principios todos ellos que se respetan y garantizan al admitirse el reconocimiento de la firma y letra del testador sin necesidad de prueba pericial, cuando todos los herederos, legítimos y capaces, y la cónyuge supérstite reconocen como válida la disposición de última voluntad.

Fallos como el suscripto por los Dres. Barbieri y Rolleri contribuyen a dar eficacia y credibilidad al sistema judicial, al imponer el realismo y el conocimiento profundo del ordenamiento privado sobre el formalismo vacío de contenido.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3398/2021

Texto completo de fallo de p. 7

2ª Instancia.- Buenos Aires, 10 de agosto de 2021.

Considerando:

La resolución de fojas digital 27, mantenida a fojas d. 33, en virtud de la cual —entre

otras cosas— se dispuso designar perito calígrafo único de oficio y de la lista, de conformidad con lo establecido en el art. 2339 del Código Civil y Comercial de la Nación, en atención al testamento ológrafo acompañado con fecha 08/3/2021, a los fines de la comprobación de la autenticidad de la escritura y de la firma de la testadora, fue recurrida por los coherederos, Graciela Fernández por un lado, y Marcelo H. Fernández y Gerardo A.

Fernández, por otro, quienes expusieron sus quejas a fojas d. 30 y 31/2, respectivamente.

Cuestionan los recurrentes la designación del perito calígrafo único de oficio, y en sustento de su postura sostienen —en líneas generales— que, son los únicos herederos del causante en su carácter de hijos de su primer matrimonio, respecto del cual este era viudo, como también lo es su cónyuge en segundas

nupcias, Cecilia Sanguine, todos presentados en autos. Agregan también que todos solicitaron la aprobación del testamento y que, a todo evento, reconocen expresamente la autenticidad del cuerpo principal de escritura y firma como correspondientes a Héctor Manuel Fernández, el “de cujus”.

Conforme reza en lo pertinente la norma del artículo 2339 del Código Civil y Comer-

cial, “Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y firma del testador, mediante pericia caligráfica”.

Se ha dicho sobre el particular, que esta nueva exigencia de la prueba pericial caligráfica fue instituida por ley como el medio de prueba calificado para demostrar la autenticidad del testamento ológrafo, por lo que si el experto no puede determinar si la letra y las firmas insertas en el instrumento pertenecen en efecto al testador, corresponde desestimar el pedido de protocolización del testamento (Cfr. CNCiv. Sala A, Expte. 68883/17 “S, S N s/Sucesión Testamentaria, diciembre de 2020).

Sin perjuicio de ello, las circunstancias particulares que rodean la cuestión, aconsejan adoptar un temperamento distinto.

Así, pues, los recurrentes, hijos del causante, requieren la aprobación del testamento, reconociendo de manera expresa la autenticidad del cuerpo principal de escritura y firma como correspondientes a su padre, Héctor Manuel Fernández, solicitando se deje sin efecto lo resuelto por el juez de la anterior instancia en el pto. IV del auto del 23 de abril 2021, y así evitar llevar a cabo la pericia caligráfica prevista en el artículo 2339 del CCyC, sosteniendo que no se ve afectada la legítima de los herederos forzosos toda vez que el causante solo ha hecho uso del derecho que la norma le concede respecto de su porción disponible.

Es importante señalar que el derogado Código de Vélez preveía, en su artículo 3692 un procedimiento de autenticación basado en el “examen de testigos que reconocan la letra y firma del testador”, ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 704 del CPCCN, que exige la cantidad de dos de ellos para llevar a cabo dicho cometido. Sin embargo, la ley 26.994 aprobatoria del Código Civil y Comercial, sin derogar el mencionado artículo del código de forma, dispuso la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica.

Entre los argumentos esbozados para sostener aquella modificación se señalaba que la pericia caligráfica brindaba certeza y seguridad, mientras que la prueba testimonial facilitaba el fraude y la falsificación del testamento ológrafo (Goyena

Copello, Héctor R., “Proceso sucesorio”, en Rivera-Medina, “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1133; Comentario al art. 2339 en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (Dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Infojus, T. VI, pág 83, Buenos Aires, 2015; Mourelle de Tamborena, María C. “Proceso sucesorio del testamento ológrafo en el Código de Vélez Sarsfield y en el proyecto de Reforma del Código”, RDFyP, 7, abril 2013, ps. 170 y ss.). Por otro lado, opiniones contrarias sostenían que la declaración de los testigos constituía un medio práctico, simple, eficaz y económico de comprobar la autenticidad del documento, siendo una de las ventajas primordiales del testamento ológrafo, pues resulta verdaderamente costoso, complicado y superfluo comprobar mediante pericia caligráfica la firma y letra de una persona fallecida. (conf. Ferrer, Francisco A. Magín; Córdoba, Marcos M. y Natale, Roberto M. “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, RDFyP 11, octubre 2012, pág. 127; Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban, “Protocolización del testamento ológrafo. Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial”, RC D 345/2015, Vanella, Vilma, en Bueres, Alberto J. (Dir.), *Código Civil y Comercial. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, t. 5, p. 208).

Así, en el caso de autos se encuentra presentado un testamento ológrafo del causante que mejora a su cónyuge supérstite en el tercio de la disponible, hecho este que no ha sido observado por el resto de los herederos legitimarios, ni en su aspecto formal ni tampoco en la posible afectación de la legítima hereditaria, como tampoco oposición de terceros, lo que en definitiva nos conduce a concluir que les asiste razón a los recurrentes, mucho más teniendo en cuenta el notable incremento de costos que conlleva la designación de un profesional.

Es que debe tenerse en cuenta que son los propios eventuales damnificados quienes reconocen la eficacia del documento agregado en autos como testamento ológrafo, tornando superflua la pericia caligráfica, mucho más cuando todos los interesados que pudieran impugnar el testamento reconocen su autenticidad (Ferrer, Francisco A. M. “Las reformas propuestas al Código Civil y Comercial en materia sucesoria” SJA 10/07/2019, 87 -Cita: TR LALEY AR/DOC/1787/2019).

Un buen ejemplo de ello podemos encontrarlo en el artículo 324 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza de 2017, que les otorga esa potestad a los magistrados, al disponer que “En caso de que todos los interesados reconozcan la autenticidad de la escritura y la firma del testador y no mediare oposición de terceros, podrán abstenerse de realizar pericia caligráfica para su comprobación”.

La exigencia de peritos puede encarecer el trámite sobre todo cuando todos los herederos legitimarios reconocen la letra y firma del testador. Si no hay conflicto, no observamos ninguna razón para que se obligue a realizar una pericia, cuando todos aquellos que podrían cuestionar el testamento aceptan que fue realizado de puño y letra del causante.

Al respecto, esta Cámara ha sostenido recientemente que la presentación de un testamento ológrafo admite la amplitud de prueba, ya que quienes más cercanos se encuentran al causante, mayor conocimiento, se supone, tendrán de su letra y su firma, por lo cual pueden declarar familiares y aún sus amigos (Conf. Sala K, 18/03/2021 “Mollano, Oscar Eliseo y otra s/ sucesión testamentaria” RCCyC 2021 (julio), 89 Cita: TR LALEY AR/JUR/3720/2021), pues bien en ese ámbito de extensión probatoria nadie mejor que los propios beneficiados para conformar su validez, teniendo en cuenta la falta de contradicción existente entre ellos.

Como corolario de todo lo expresado, no cabe más que admitir los agravios sujetos a consideración, prescindiendo —como consecuencia de ello— de la prueba caligráfica, previa conformidad expresa de la cónyuge supérstite”.

Disidencia del doctor *Polo Olivera*:

Conforme con lo dispuesto por la norma del artículo 2339 del Código Civil y Comercial, “Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y firma del testador, mediante pericia caligráfica”.

El legislador consideró así insuficiente para la prueba de la autenticidad del instrumento la declaración de testigos como contemplaba la norma del artículo 3692 del

Código de Vélez, sustituyendo este temperamento legal por la previsión de dotar al procedimiento de una comprobación científica, tanto de la escritura como de la firma atribuida al testador (arg. CCCN:2477).

En el CCCN:2339 no estableció excepciones ni otorgó facultades al juzgador para adoptar temperamentos diversos según los casos.

Por otro lado, esa norma no aparece cuestionada en su constitucionalidad, resultando pues su aplicación imperativa en la especie.

A su vez, se ha expuesto que razones de celeridad, económicas, o motivadas en mayores costos, o bien en la falta de cuestionamiento respecto de la autenticidad del testamento por parte de quienes se presentaron en el sucesorio invocando derechos, resultan insuficientes para enervar la manda contenida en el CCCN: 2339 (conf. CNCiv., sala G, expte. 25489/2016, 10.8.2016, “Monjes, Lorenza Mercedes y otro s/ sucesión *ab intestato*-proceso especial”).

Por lo demás, tal como expuso el señor Fiscal de Cámara, teniendo en cuenta los términos empleados por el legislador para establecer la exigencia probatoria en cuestión, debe considerarse que, para poder tener por auténticas la escritura y firma del testador y, en consecuencia, ordenar la protocolización, corresponde la realización de una pericia caligráfica, con prescindencia de si las partes interesadas han cuestionado o no el instrumento.

Como corolario de todo lo expresado y demás consideraciones vertidas en el dictamen de fojas d. 38/41, a las cuales se hace expresa remisión a fin de evitar repeticiones innecesarias, los agravios sujetos a tratamiento debieran ser rechazados.

Por lo expuesto, y oído el señor Fiscal de Cámara, *resuelve*: (por mayoría) admitir los agravios de los coherederos, y revocar —como consecuencia de ello— el decisorio de grado con el alcance dispuesto en el presente decisorio. Hágase saber que esta sentencia será enviada al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la ley 26.856, su Dec. Reglamentario N° 894/13 y las acordadas 15/13 y 24/13 CSJN. Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase. — *Patricia Barbieri*. — *Gastón M. Polo Olivera* (en disidencia). — *Gabriel G. Roller*.

Jurisprudencia

Incitación a la violencia colectiva

Expresión en redes sociales. Requisitos. Determinación de un destinatario tangible. Posibilidad de influir en la voluntad de otras personas. Procesamiento. Sobreseimiento. Disidencia parcial.

1. - El acusado debe ser procesado por los delitos previstos en el art. 212 del Cód. Penal y art. 3 2do párr. de la ley 23.592, ya que del mensaje redactado por el imputado en una red social se infiere una incitación pública a apoyar un “estallido social”, favoreciendo el uso de violencia en contra de un grupo de personas determinadas —en el caso, se refiere a la vicepresidente de la Nación— e incitando al odio en contra de estas con motivo de sus ideas o pertenencia política. Máxime cuando no puede soslayarse la capacidad del acusado de influir en

la voluntad de otras personas, toda vez que el nombrado es un periodista con mucha actividad y presencia en las redes sociales donde ha recogido miles de adhesiones a sus postulados.

2. - Intentar caratular los dichos del imputado bajo el rótulo de *su derecho de libertad de expresión* no justifica su proceder por el contenido y alcance de su mensaje, toda vez que a partir de su contenido se han traspasado los límites de dicha garantía.
3. - Resulta acertada la decisión del juez instructor de sobreseer al imputado, en orden a los delitos previstos en el art. 212 del Cód. Penal y art. 3 2do párr. de la ley 23.592, ya que sin perjuicio del tono agresivo que podría adjudicársele al mensaje publicado por el encartado, en cuanto propone “aniquilar” a los líderes y seguidores de la izquierda, la indeterminación de un destinatario tan-

gible y de circunstancias de tiempo, lugar y modo que lo rodeen, impide concluir en la existencia de una conducta tendiente a incitar un accionar concreto de aniquilación o de persecución u odio contra un grupo de personas; limitándose su contenido a una simple prédica de naturaleza ideológica desprovista de toda referencia específica (del voto de la Dra. Navarro).

4. - El *tweet* publicado por el imputado debe ser considerado como un estímulo al odio o persecución en razón de ideas políticas orientado hacia los seguidores de los partidos de izquierda (del voto en disidencia parcial del Dr. Sánchez Torres).

CFed. Córdoba, sala B, 12/10/2021. - E., G. B. C. P., E. M. s/ Amenazas e incitación a la violencia colectiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/159235/2021]

2ª Instancia.- Córdoba, octubre 12 de 2021.

Considerando: I. Con fecha 04/12/2020 el Juez Federal N° 2 de Córdoba ordenó el sobreseimiento de E. M. P., en orden a los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592 (hecho 1), 149 bis, art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592 (hecho 2) y 139 del CP (hecho 3).

Respecto del hecho primero, y en particular a la figura prevista por el art. 212 del CP, apuntó que la expresión “Se los aniquila” en el contexto de la oración en la que se expresa, resulta vaga y carece de elementos que permitan inferir una convocatoria concreta a actos de violencia. Cita doctrina y jurisprudencia.

En relación a la figura contenida en el art. 3 de la ley 25.592, en cuanto sanciona a quienes alentaren a la persecución o el

odio contra una persona o grupos de personas, refirió que si bien la palabra “aniquilar” utilizada por el encartado resulta agresiva, lo indeterminado de los términos de su afirmación impide entender que el acusado fomente la persecución de un colectivo de personas.

Expone que si bien el tweet expresa claramente la posición antagónica del autor con los postulados de lo que el imputado denomina “la izquierda progre”, no se deriva de su publicación que se estimule a coleccionar voluntades que alberguen sentimientos de odio, sino que expresa —en términos por cierto agresivos y confrontativos— su desacuerdo con esa ideología.

Respecto al hecho nominado segundo, señaló que de las palabras del tweet no se desprende que sea su autor quien vaya a ejecutar medida alguna para acabar con la vida de la Sra. Vicepresidenta sino que entiende que ese resultado dañoso acontecerá como consecuencia de un “estallido social”.

La interpretación del texto publicado permite entender que P. cree que está próximo un estallido social, al que la Sra. Vicepresidenta no logrará sobrevivir.

De ese modo, expresa que, sin perjuicio de lo inapropiado del contenido del mensaje, que en definitiva confía en la resolución de la situación política que denosta a través episodios violentos, no se desprende de sus palabras una amenaza concreta respecto de la Sra. Vicepresidenta, y mucho menos existen elementos que permitan inferir que una acción de este tipo podría ser emprendida por el imputado.

Con respecto a las figuras de incitación a la violencia colectiva y aliento al odio de personas por sus ideas (art. 212 CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592), se remitió a los argumentos desplegados en relación al hecho primero, a los que se hace lo propio en razón de la brevedad.

Sin perjuicio de ello, subraya que las manifestaciones del imputado, con arreglo a las circunstancias del caso, no constituyen una expresión destinada a determinar, mover o estimular a otros a la comisión de un ilícito; tampoco tienen entidad suficiente para crear un peligro serio, actual e inminente en la afectación del bien jurídico tutelado. Razonando de este modo se evita la confusión de lo que en esencia es la manifestación de una opinión ideológica, con la utilización de un lenguaje que puede calificarse como agresivo, desmesurado e irritativo, que causa ciertamente desagrado y perturba la sensibilidad de un importante sector de la sociedad, pero que no produce un potencial efecto lesivo individual o colectivo.

En orden a la infracción prevista en el art. 3, 2º párrafo de la Ley 23.592, que prohíbe conductas discriminatorias y que en doctrina moderna se conoce como “discurso del odio”, advirtió que la expresión discriminatoria para que sea punible debe estar enderezada a excluir, apartar, segregar a quien no comulga con el pensamiento de quien emite el discurso y que tenga como objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales que nuestra Carta Magna consagra y reconoce.

Consideró que las expresiones emitidas vía Twitter por el imputado no alcanzan a configurar objetiva ni subjetivamente el tipo penal previsto en el art. 3, 2º párrafo de la Ley 23.592.

Por último y con respecto al hecho tercero, argumentó que de los propios térmi-

nos del acta de allanamiento se desprende que el imputado no obstaculizó de forma alguna el ingreso a la vivienda —esto es no emprendió una acción en concreto para impedir el acceso de la fuerza a su departamento—, sino que la dificultad para ingresar residió en que la puerta se encontraba cerrada con llave, sin adicionar a este recaudo ningún otro que pudiera impedir el accionar ordenado al personal judicial.

En tal sentido, tuvo en cuenta que la situación reflejada en el acta policial coincide con el relato realizado por el propio imputado en su declaración indagatoria en la que señaló que, en esa oportunidad, cuando llegó la policía a allanar su domicilio se encontraba durmiendo luego de pasar la noche en vela en razón de su actividad profesional, ya que había realizado un vivo en la red social Instagram en la madrugada de ese día 10 de septiembre.

II. Con fecha 13/12/2020, la Fiscalía Federal N° 2 de Córdoba interpuso recurso de apelación en contra de dicho pronunciamiento.

En dicho libelo argumentó que causa agravio lo resuelto respecto de los hechos nominados primero y segundo, en cuanto decide sobreseer al imputado P. por considerar que los mismos no encuadran en una figura legal (art. 336 inc. 3 del CPPN).

Apunta que las conductas atribuidas al imputado son constitutivas de ilícitos penales en cuanto afirma que los mensajes publicados en la red social Twitter por este con fecha 01/06/2020 y con fecha 27/08/2020, encuadran en las figuras penales previstas en los arts. 212 del CP “Incitación a la violencia colectiva” y en el 2º párrafo del artículo 3 de la Ley 23.592 “Alentar o incitar a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas a causa de sus ideas políticas”.

En tal sentido, detalló que las características de ambos delitos son similares, se trata de delitos dolosos, de pura actividad y de peligro abstracto, es decir, que la consumación se produce con la realización de la acción, esto es, por la sola incitación, aunque no se hayan producido los actos de violencia generalizada que tuvo en mira el autor.

Apunta que la expresión “aniquilar” no es solo agresiva como expuso el Instructor por varios elementos a considerar. En primer lugar señaló que conforme la Real Academia Española, aniquilar significa “reducir a la nada”, “destruir o arruinar enteramente”, a lo que debe agregarse la consideración del sentido que tiene esa palabra para los argentinos, ya que nos remite a decretos y épocas oscuras de nuestra historia argentina, a las que sin lugar a duda el imputado nos quiso remitir y trasladar a nuestros días.

Por otro lado, señala que discrepa con la interpretación del Juez instructor en cuanto hizo referencia a “lo indeterminado de los términos de su afirmación”, toda vez que en su publicación el imputado hizo expresa y concreta referencia a un colectivo de personas con ideas políticas determinadas y lo que se debía hacer con ellos, cuando refirió “con los líderes y los seguidores de la izquierda progre... no se debate. Se los aniquila”; “Vas a ser la primera —junto con tus crías políticas— en pagar todo el daño causado. Te queda poco tiempo”; “Vos no vas a salir Viva de este estallido social”.

Alega que el contenido de las expresiones bajo análisis, además de tener un innato significado violento, permiten inferir una concreta convocatoria pública por parte del imputado a personas indeterminadas a generar “violencia colectiva” contra un grupo de personas e instituciones, buscan-

do incitar a la ciudadanía a un estallido social, sin perjuicio de que efectivamente el imputado logre su cometido.

Entiende que se ha realizado una errónea interpretación de los hechos y del tipo penal previsto en el art. 212 del CP, toda vez que las expresiones utilizadas por P. sí tienen entidad suficiente para “incitar” a la violencia colectiva, correspondiendo revocar la resolución recurrida.

III. En esta Instancia, con fecha 10/02/2021, la Fiscalía General ante esta Alzada presentó informe escrito en los términos del art. 454 del CPPN, al cual me remito por cuestiones de brevedad.

Asimismo, con fecha 17/02/2021, la Defensoría Pública Oficial también presentó informe escrito en los términos del art. 454 del CPPN, mediante el cual cuestionó la temporaneidad del informe escrito presentado ante esta Alzada por el Ministerio Público Fiscal y alegó que el mismo fue presentado una vez vencido el plazo que le fuera conferido a dichos fines.

IV. Sentadas así las posturas asumidas por las partes, corresponde introducirse propiamente en el tratamiento de la apelación deducida, ello de acuerdo al sorteo de votación realizado en autos.

La doctora *Navarro* dijo:

I. En primer lugar, corresponde examinar la temporaneidad del informe escrito presentado por el Fiscal General ante esta Alzada.

A tal fin, efectuaré un breve repaso de ciertas circunstancias procesales acaecidas en autos. Con fecha 28/12/2020, las presentes actuaciones fueron recibidas por este Tribunal y con fecha 29/12/2020 se notificó al Ministerio Público Fiscal el proveído mediante el cual se intimó a este último a los fines de que manifieste si mantiene o no el recurso deducido en el término de tres días y se le hace saber que estará facultado para presentar informe escrito en el término de cinco (5) días hábiles posteriores a la fecha de mantenimiento del recurso, bajo apercibimiento de tener por desistido el mismo (fs. 169/170 vta.).

Con fecha 02/02/2021 a las 13:33 hs. —fuera del horario de oficina—, el Fiscal General ante esta Alzada presentó escrito mediante el cual expresó que mantenía el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Federal de primera instancia (fs. 170).

Finalmente, con fecha 10/02/2021 a las 12:41 hs. el Fiscal General presentó el informe escrito en los términos del art. 454 del CPPN (fs. 171/174).

Del repaso precedentemente practicado, se advierte que el Ministerio Público Fiscal presentó informe escrito una vez transcurridos los cinco días contemplados en el trámite ante esta Alzada, incluso vencido el plazo de gracia (cargo de hora) del día siguiente.

Ahora bien, con fecha 27/07/2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Acordada N° 31/2020 y con motivo de la aplicación exclusiva del Sistema Informático de Gestión Judicial, dispuso que “...Las presentaciones que las partes u otros sujetos procesales realicen fuera del horario de funcionamiento de los tribunales, establecido en cada jurisdicción, se tendrán por presentadas en la primera hora del día hábil posterior”.

De ese modo, si tenemos en cuenta que el cómputo de los plazos judiciales estipulado en el CPPN fue concebido en un contexto totalmente diferente al actual,

en donde ya rige la estricta aplicación del Sistema Informático de Gestión Judicial, es dable interpretar que la Acordada 31/2020 viene a adecuar y compatibilizar el cómputo de los plazos con la aplicación del referido sistema informático.

Bajo dicho entendimiento, si reparamos en que el mantenimiento del recurso de apelación por parte del Fiscal General ante esta Alzada tuvo lugar con fecha 02/02/2021 a las 13:33 hs., el plazo para presentar el informe escrito en los términos del art. 454 del CPPN ante esta Alzada vencía el día 11/02/2021 a las 9:30 hs.

En virtud de ello, considero que el informe escrito en cuestión fue presentado en tiempo y forma.

II. Dicho ello, cabe aclarar que el Fiscal Federal N° 2 de Córdoba apeló la resolución dictada con fecha 04/12/2020 por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba solo en cuanto dispuso el sobreseimiento del imputado P. respecto de los delitos previstos por el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592, imputados en los hechos nominados primero y segundo respectivamente.

De ese modo y dejando a salvo mi criterio, ha quedado firme lo dispuesto por el Juez respecto del sobreseimiento por el delito de amenazas (art. 149 bis del CP) imputado en el hecho nominado segundo y el delito de resistencia a la autoridad (art. 239 del CP) endilgado en el hecho nominado tercero.

Asimismo cabe señalar que de la lectura de la resolución impugnada y del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Federal, se advierte que la existencia material de los hechos no se encuentra controvertida, limitándose la cuestión a resolver a determinar si los hechos nominados primero y segundo encuadran en una figura legal (art. 336 inc. 3 del CPPN), en concreto en los delitos previstos por el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592.

Practicada dichas aclaraciones, corresponde comenzar el análisis de la situación procesal del imputado E. M. P.:

a) A esos fines, es pertinente traer a colación el *hecho nominado primero* según ha sido descrito en la resolución objeto de recurso: “Con fecha 1 de junio de 2020 a las 12.52 hs. en la ciudad de Córdoba, E. M. P., utilizando la cuenta de la red social Twitter “...”, habría alentado e incitado al odio y a la violencia colectiva contra un determinado grupo de personas a causa de sus ideas políticas, publicando un mensaje que dice: “Con los líderes y los seguidores de la izquierda progre (sea de EEUU o de Argentina, de Chile o de Francia, etc.) no se debate, Se los aniquila. Intentan arrebatarle tu Libertad, tu Patria, tu Futuro y tu Dignidad como ser humano. Más de 100 años de historia mundial lo demuestran”.

Fijado así el hecho y luego de examinar las constancias obrantes en la causa, a criterio de la Suscripta resulta acertada la decisión del Juez instructor de sobreseer al imputado E. M. P., en orden a los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592.

En tal sentido, cabe señalar que el CP expresamente establece en su art. 212: “Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación”.

Respecto de esta figura penal se tiene dicho que: “*Es un delito común, ya que autor puede ser cualquiera. Sujeto pasivo solo*

pueden serlo las personas o instituciones mencionadas en la proclama violenta.

(...) este delito demanda que el autor lleve a cabo una acción de incitar de manera pública al ejercicio de la violencia contra personas o instituciones determinadas. Se incita no solo cuando se crea la resolución criminal en otro, sino también cuando se auspicia o favorece el uso de violencia contra terceros determinados (...) (Aboso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado. Con jurisprudencia”, Cuarta edición actualizada, Ed. B de F, 2017, p. 1223).

El medio empleado puede ser cualquiera, sea escrito u oral. Lo comete tanto el orador público en una reunión política como el que lo hace mediante radio, televisión o cualquier otro medio de comunicación masivo (...).

El tipo subjetivo se satisface con el dolo directo (...)” (Aboso, Gustavo Eduardo, ob. cit., p. 1224).

Por su parte, el art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592 dispone: “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años (...) quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

Con respecto a la acción típica de esta figura penal, se tiene dicho que “alentar” significa animar o infundir aliento o esfuerzo, dar vigor (...) a la persecución o al odio; mientras que “incitar” entraña el mover o estimular a alguien para que ejecute una cosa (...) (D’Alessio, Andrés José, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. LA LEY, 2011, p. 1001).

En relación al sujeto activo, puede ser autor cualquier persona, y respecto del sujeto pasivo, se tiene dicho que el tipo no exige ninguna condición o calidad especial en la víctima, la conducta podrá estar dirigida contra una persona o grupo de personas. A su vez la ley no exige ningún medio determinado, pudiendo ser en forma escrita, oral, a través de internet o cualquier otro medio idóneo (D’Alessio, Andrés José, ob. cit., ps. 1001/1003).

Bajo dichos lineamientos y de un atento repaso de las constancias obrantes en la causa, advierto que de la descripción del hecho bajo estudio surge con meridiana claridad la improcedencia de encuadrarlo en las figuras endilgadas.

Sin perjuicio del tono agresivo que podría adjudicarse al mensaje publicado por el encartado en cuanto propone “aniquilar” a los líderes y seguidores de la izquierda, considero que la indeterminación de un destinatario tangible y de circunstancias de tiempo, lugar y modo que rodeen al mismo, impide concluir en la existencia de una conducta tendiente a incitar un accionar concreto de aniquilación o de persecución u odio contra un grupo de personas; limitándose su contenido a una simple prédica de naturaleza ideológica desprovista de toda referencia específica.

De ese modo, la vaguedad de la expresión concebida en forma integral y la ausencia de personas o instituciones concretas identificadas como destinatarios concretos de aquella, impiden formular reproche penal alguno en contra de su autor, correspondiendo su sobreseimiento en los términos del art. 336 inc. 3 del CPPN.

En virtud de lo expuesto, encuentro acertada la decisión del Magistrado instructor de sobreseer al imputado E. M. P., en orden

a los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592.

b) Continuando con el análisis de la situación procesal del imputado de mención toca ahora abordar la revisión del hecho nominado segundo, descrito en el auto de mérito en los siguientes términos: “Con fecha 27 de agosto de 2020, desde la ciudad de Córdoba, E. M. P., utilizando su cuenta de la red social Twitter “...”, habría amenazado a la Vicepresidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, alentando e incitando al odio y a la violencia colectiva hacia un determinado grupo de personas afín a la funcionaria por sus ideas políticas, mediante la publicación de un mensaje que, para alarmar o amedrentar, anuncia: “Vos no vas a salir Viva de este estallido social. Vas a ser la primera —junto con tus crías políticas— en pagar todo el daño que causaron. Te queda poco tiempo”.

Por ese hecho, el nombrado fue imputado como presunto autor de los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592, y posteriormente sobreseído por el Juez instructor en los términos del art. 336 inc. 3 del CPPN.

Sin embargo, un atento examen de las constancias de la causa y de los términos de la imputación efectuada me conduce a disentir con dicho entendimiento. Doy razones:

En primer lugar, y teniendo en cuenta que las figuras cuyo análisis corresponde llevar adelante en el marco de este hecho nominado segundo son idénticas a las endilgadas en el hecho nominado primero, me remito a las consideraciones allí efectuadas respecto de las mismas.

En segundo lugar advierto que la descripción del hecho que nos ocupa y el mensaje publicado por el encartado reúnen los elementos de ambos tipos penales mencionados que permiten calificar pluralmente al hecho imputado.

Ello es así en la medida que, del mensaje cuestión, se infiere —con el grado de probabilidad requerido en esta instancia— una incitación pública por parte del imputado a apoyar un “estallido social”, favoreciendo el uso de violencia en contra de un grupo de personas determinadas e incitando al odio en contra de estas con motivo de sus ideas o pertenencia política.

Resulta del caso aclarar que si bien no menciona su nombre, indubitadamente se refería a la Vicepresidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, ya que junto a su tweet aparece una foto de esta última.

No puede soslayarse la capacidad del imputado P. de “influir” en la voluntad de otras personas toda vez que el nombrado es un periodista con mucha actividad y presencia en las redes sociales donde ha recogido el seguimiento de miles de adhesiones a sus postulados.

Prueba de ello es la presentación hecha con fecha 17/09/2020 por G. B. E., en donde acompaña la constancia de diferentes mensajes muy agresivos por parte de distintas personas que habría recibido a través de las redes sociales con motivo de ser denunciante en las presentes actuaciones. Entre dichos mensajes, a modo de ejemplo, estimo propicio destacar: “Hola hija de p...! Sos parte de la dictadura de la libre expresión! Vamos a esracharte adonde vayas no vas a dormir en paz! Vamos a tirarte bolsas de mierda todo los días en tu casa! No tenemos miedo hdp”; “Peronista tenías que ser, Cáncer del país, Seguí haciendo denuncias falsas q la que no va a salir viva literalmente vas a ser vos”; “Hijaaa de p...!, a mi tmb me

vas a denunciar?, o voy a aparecer suicidado?, a vos y a toda la mafia les queda poco tiempo Lacras, Hija D P...”; “Basura, cuando se arme el estallido te vas a podrir”; “Forra hija de mil p..., Te voy a matar cuando te vea, Apenas pueda viajar voy a hacerlo solo para verte tirada en el suelo, Con sangre por todos lados, Tomalo como se te cante el 5to forro del c... mal c... pero yo te voy a matar”; “Te metiste con el ..., te metes conmigo, ahora, tené cuidado cuando salgas a la calle, rubia hueca de m...”; “Libera al ... rata inmunda a vos y a Cristina le queda poco tiempo de vida”; “Todo sea para salvarle el c... a tu jefa no? Zurdita, Al Falcon, Sonaste c... al ... no se lo toca” (fs. 87/99).

Dicha circunstancia pone de manifiesto la capacidad real de influenciar en terceras personas por parte del encartado toda vez que se pudo corroborar que el mensaje publicado por este y que motiva la presente imputación tuvo un efecto concreto en sus seguidores, quienes, al anoticiarse del proceso penal iniciado en su contra, actuaron en consecuencia —con independencia de que dicho extremo configure o no un requisito de los tipos penales endilgados—.

Por otro lado, estimo propicio formular un breve repaso respecto del contexto en que se sitúa la presente imputación delictiva, ya que en agosto del año 2020 proliferaban distintas manifestaciones sociales en el país (17A por ejemplo) en protesta contra el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio dispuesto por el gobierno y que aún aplicaba en algunas provincias, mientras que en el resto del país regía el Distanciamiento Social.

Es decir que nos ubicamos en una época en la que, por diferentes razones, se percibía una significativa irritación social en donde mucha gente se manifestó públicamente contra el gobierno nacional con motivo de las restricciones impuestas en el marco de la pandemia que nos aqueja aún en estos días.

Respecto al dolo requerido por ambas figuras, entiendo que se encuentra acreditado dicho elemento a partir de: los términos del mensaje publicado por el imputado P., en cuanto fomenta un estallido social en contra de personas determinadas, la circunstancia de que el nombrado no podía desconocer su capacidad de influenciar en terceras personas y el contexto en que publicó el mensaje ya que se trataba de un momento en que existía un creciente disgusto social contra el gobierno nacional.

Así las cosas, y establecida la responsabilidad penal del encartado, debo decir que considero ajustado a derecho el encuadre jurídico realizado por el Ministerio Público Fiscal como presunto autor de los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592.

Es bien sabido que ningún derecho o garantía constitucional es absoluto, sino que puede y debe garantizarse su ejercicio sin que implique la lesión a derechos de terceros.

En tal sentido, considero que intentar caratular los dichos del imputado P. bajo el rótulo de su derecho de libertad de expresión, no justifica su proceder por el contenido y alcance de su mensaje, toda vez que a partir del mismo se han traspasado —de manera evidente— los límites de dicha garantía.

En definitiva, entiendo que debe revocarse la resolución dictada con fecha 04/12/2020 por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, en cuanto dispuso sobreseimiento de E. M. P. (DNI ...) en orden a los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592 imputa-

dos en el hecho nominado segundo y, en consecuencia, disponer el procesamiento del nombrado debiendo el Juez de instrucción pronunciarse sobre la prisión preventiva y embargo, a los fines de garantizar la doble instancia (art. 306, 310, 312 y 518 del CPPN). Sin Costas (art. 530 y 531 del CPPN). Así voto.

El doctor Sánchez Torres dijo:

Llegan los autos a esta instancia a fines de resolver el recurso interpuesto por el Sr. Fiscal Federal N° 2 de Córdoba en contra de la resolución dictada por el Juzgado Federal N° 2 en cuanto dispuso el sobreseimiento del imputado P. por los delitos que se le imputan.

I. En primer lugar, corresponde tratar el planteo formulado por la Defensoría Pública en cuanto a la extemporaneidad del informe presentado por el Ministerio Público Fiscal ante esta Alzada y previsto en el art. 454 del CPPN.

Con fecha 29/12/2020 se notificó al Sr. Fiscal General ante esta Cámara el proveído mediante el cual se le concedía el plazo de 3 días para manifestar si mantenía el recurso interpuesto en primera instancia y se le informaba que, en caso de hacerlo, contaba con cinco días hábiles posteriores al mantenimiento del recurso para presentar el informe en forma digital (conf. decreto de fs. 169/ vta.).

El Sr. Fiscal General presentó escrito informando la decisión de mantener el recurso interpuesto con fecha 02/02/2021 a las 13.33 hs. Conforme lo prevé el art. 164 del CPPN, “Si el término fijado venciere después de las horas de oficina, el acto que deba cumplirse en ella podrá ser realizado durante las dos primeras horas del día hábil siguiente”. Por su parte, en el Anexo II de la Acordada N° 31/2020, en el apartado II, punto 2) se establece que todas las presentaciones efectuadas fuera del horario de funcionamiento de los tribunales, se tendrán por presentadas en la primera hora del día hábil posterior.

Si bien, conforme lo habilita el Código Procesal vigente, el término que vencía para el Fiscal el día 02/02/2021, se pudo presentar durante las dos primeras horas del día hábil siguiente, ello no implica una extensión del plazo que se le otorga a la parte, el cual seguirá siendo de tres días, sino que se trata simplemente de un plazo de gracia que permitirá cumplir el acto una vez vencido el término y considerarlo como si hubiera sido realizado dentro del plazo legal.

De tal forma se lo ha entendido (si bien con relación al plazo previsto en el ordenamiento procesal civil), al sostener “que el plazo de gracia instituido por el art. 124 del citado Código no constituye una prolongación del término ya fenecido a las 24 del día anterior, sino precisamente un remedio para impedir las consecuencias perjudiciales que podría ocasionar una situación de fuerza mayor que no hubiese permitido hacer la presentación judicial en tiempo oportuno...” (del voto en disidencia de los Sres. Ministros de la Corte Suprema de la Nación, Dres. Petracchi, Belluscio, Boggiano y Maqueda en autos “C. 1071. XXXIX. Recurso de hecho, Cantera Timoteo SA c. Mybis Sierra Chica SA y otros”, del 03/03/2005).

Es decir, que el plazo de tres días que se le otorgó al Fiscal para manifestar su intención de mantener el recurso venció el día 02/02/2021 (mismo día que se presentó su escrito, aunque fuera del horario judicial) y a partir del día siguiente (cuarto día desde la notificación efectuada) comenzó a correr el plazo de los cinco días hábiles

para presentar el informe escrito en los términos del art. 454 del CPPN y Acuerdo 276/2008 de esta Cámara.

Dicho ello, se advierte que el plazo para presentar ese informe venció el día 09/02/2021, otorgándosele el plazo de gracia para presentarlo, hasta las dos primeras horas del día 10 de ese mes. Tal como surge de las constancias de autos, el informe del art. 454 fue presentado a las 12.41 hs. del día 10/02/2021, esto es, *fuera del plazo* que le había sido otorgado para hacerlo.

Ahora bien, no escapa al suscripto que la implementación del procedimiento de forma totalmente digital para las partes, así como la interpretación de proveídos y Acordadas de reciente dictado, puede dar lugar a confusiones y distintas interpretaciones que no pueden ser valoradas en perjuicio del recurrente. Así, a los fines de resguardar el derecho al recurso y de evitar un excesivo rigor formal, entiendo que corresponde tratar el recurso interpuesto.

II. Entrando entonces ya al tratamiento de la cuestión objeto de recurso, adelanto mi criterio de que la resolución apelada debe ser parcialmente revocada. Doy razones.

II. a) En relación a los delitos de incitación a la violencia colectiva y aliento al odio de personas por sus ideas (conf. art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592), imputados por los *hechos nominados primero y segundo* (correspondientes al requerimiento de fs. 50/2 vta.), coincido con la colega preopinante en que la apelación interpuesta solo cuestiona la tipicidad de los hechos endilgados a P., sin negar su existencia material.

Empezaré el análisis por el primero de ellos. Conforme la pieza requisitoria de fs. 50/2 vta., el hecho primero fue descripto en los siguientes términos: “Con fecha 1 de junio de 2020 a las 12.52 hs. en la ciudad de Córdoba, E. M. P., utilizando la cuenta de la red social Twitter “...”, habría alentado e incitado al odio y a la violencia colectiva contra un determinado grupo de personas a causa de sus ideas políticas, publicando un mensaje que dice: “Con los líderes y los seguidores d la izquierda progre (sea de EE.UU. o de Argentina, de Chile o de Francia, etc.) no se debate, Se los aniquila. Intentan arrebatarle tu Libertad, tu Patria, tu Futuro y tu Dignidad como ser humano. Más de 100 años de historia mundial lo demuestran.”

Respecto del delito previsto en el art. 212 del CP, la conducta típica requiere que públicamente se incite a la violencia colectiva contra grupo de personas o instituciones, por la sola incitación. El incitar, ha sido descripto como el hecho o la acción de estimular o aconsejar de forma indeterminada y por cualquier medio, a otras personas a que realicen actos de violencia. Se dice que esta figura penal *requiere la estimulación a actuar*.

La figura descripta se encuadra dentro de los delitos de peligro, es decir, aquellos que no precisan que produzcan un daño o lesión concreta, sino que es suficiente

para su comisión la amenaza real al bien jurídico protegido por la norma —la tranquilidad pública o el orden público, según distintos autores—, sin que sea necesario que ese bien jurídico sea menoscabado, es decir que la incitación prospere o logre los efectos deseados. Con la mera existencia del peligro, independiente de la repercusión que tales acciones pudieran tener en los receptores del mensaje emitido por el imputado, se tiene por configurada la acción típica.

Pero según se ha sostenido, no cualquier expresión encuadra en esta figura penal, sino que debe “empujarse a actuar” en contra de grupos de personas o instituciones.

En tal sentido, la jurisprudencia se ha expedido señalando que las expresiones que constituyen una demostración de discurso político y de prédica ideológica, en las que no se especifica cómo, dónde ni cuándo debería cometerse la acción promovida, resultan atípicas pues “las garantías constitucionales que amparan la libertad de pensamiento y expresión, exigen la aplicación de un criterio restrictivo para precisar las conductas que, escapando a tal protección, serán alcanzadas por el Derecho penal” (conf. CNac. Crim. y Corr. Fed., Sala I, en autos “Bonafini, Hebe”, sent. del 27/04/2006, publicado en TR LA LEY 70023786).

En tal precedente, y citando lo dicho en un fallo anterior del mismo Tribunal, se recordó las palabras del miembro de la Corte Suprema, Dr. Luis Linares, quien expresó que: “La enunciación de ideas, por extremas, erróneas, por funestas que sean, y su prédica, no constituye por sí un delito castigado por nuestras leyes. La propaganda doctrinaria no comporta otra cosa que el ejercicio de un derecho perfecto y natural reconocido por la Constitución a todo ser libre: el de la libertad de conciencia, el de pensar y emitir ideas conforme la conciencia las dicta...”

De igual forma, la jurisprudencia ha sostenido que “la mera impopularidad de las ideas o su impacto alarmante no serán suficientes para la configuración de este ilícito, si no se advierte en la emisión de las palabras la creación de un *peligro cierto para causar actos de violencia*, además de la intención de incitar a cometer actos ilícitos” (cfr. CCrim. y Corr. Fed., en autos “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”, resolución del 08/08/2013).

Así las cosas, entiendo que la publicación efectuada por el imputado en la red social Twitter, descripta en el hecho primero, no encuadra en el tipo penal descripto en el art. 212 del CP.

II. b) Distinta es la conclusión a la que cabe arribar respecto del delito previsto en el art. 3 de la ley 23.592, segundo párrafo. La referida norma establece que serán reprimidos con prisión de un mes a tres años “quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.”

La acción típica prevista en esta norma se ha explicado diciendo que consiste en “alentar o incitar a la persecución o al odio, alentar, ...significa animar o infundir aliento o esfuerzo, dar vigor, en este caso, a la persecución o al odio...” (conf. CNCP, Sala II, “Russo, Ricardo y otro s/ recurso de casación”, sent. del 12/04/1999). En ese precedente, también se sostuvo que “en términos de política criminal, la ley 23.592 se halla orientada a tutelar la dignidad de la persona como bien jurídico protegido, es decir que el valor al cual el legislador le reconoce protección penal es la dignidad del hombre, la que se ve afectada con los actos discriminatorios que la norma tipifica siendo que, precisamente en atención a la importancia del bien tutelado, el órgano legislativo no se conformó con establecer una sanción pecuniaria y quiso brindarle una mayor protección a través de las penas privativas de la libertad que prescribe.”

A diferencia de lo dicho con respecto a la norma del art. 212, entiendo que la publicación realizada por P. tuvo entidad suficiente *para alentar al odio contra un grupo de personas a causa de sus ideas políticas*.

Respecto de la norma en cuestión, la jurisprudencia ha dicho que lo que se tipifica en el segundo párrafo de la misma son las acciones de alentar o incitar, que según se sostiene, “se dirigen a animar, infundir o estimular una finalidad persecutoria hacia una determinada raza [en este caso una orientación política] por el solo hecho de pertenecer a ella”. (conf. Cám. Fed. San Martín, Sala I, en autos “P., D. H. s/ inf. ley 23.592”, del 27/10/2020).

En el mismo sentido se ha dicho que configuran en el delito tipificado en el art. 3, segundo párrafo de la ley 23.592, *las publicaciones que reúnen la entidad necesaria* para ser consideradas como un estímulo al odio o persecución en razón de ideas políticas (CNac. de Apel. en lo Crim. y Corr. Fed., Sala I, sent. del 26/12/2017 en autos “E., I. N. s/ procesamiento con prisión preventiva”, TR LA LEY AR/JUR/95723/2017).

No puede dejar de resaltarse que el límite a la libertad de expresión se encuentra justificado en razón del mayor disvalor del injusto que la conducta penalizada por esta norma tuvo para el legislador. Sin perjuicio de ello, deberán considerarse los hechos a la luz del contexto en el cual se desarrollaron y conforme a una prudente valoración judicial. En virtud de ello, considero que el Tweet publicado por el aquí imputado “(Con los líderes y los seguidores d la izquierda progre (sea de EE.UU. o de Argentina, de Chile o de Francia, etc.) no se debate, Se los aniquila. Intentan arrebatarle tu Libertad, tu Patria, tu Futuro y tu Dignidad como ser humano. Más de 100 años de historia mundial lo demuestran)” debe

ser considerado como un estímulo al odio o persecución en razón de ideas políticas orientado hacia los seguidores de los partidos de izquierda.

Desde la doctrina se sostiene en relación a los delitos de provocación a la discriminación, a la violencia y al odio racial que son “delitos de peligro abstracto, cuyo objetivo no es evitar situaciones inmediatas, sino antes bien, impedir la generalización de expresiones que puedan crear un envenenamiento del clima social, un ambiente hostil respecto de determinados grupos humanos.” (conf. De Llano Hernán G. y Slonimski, Pablo, “Discriminación, medios de comunicación y derecho penal”, TR LA LEY AR/DOC/1460/2006).

Todo lo dicho, me permite sostener que el sobreseimiento dispuesto por el juez de primera instancia, respecto del hecho nominado primero, por el delito previsto en el art. 3, segundo párrafo de la ley 23.592, respecto del imputado P., debe ser revocado y corresponde ordenar su procesamiento.

III. En cuanto al recurso interpuesto en contra del sobreseimiento del imputado por el *hecho nominado segundo*, entiendo que debe ser revocado y corresponde ordenar su procesamiento. Adhiero al respecto a las consideraciones y fundamentos dados por la señora magistrada preopinante y me expido en idéntico sentido. Sin costas (conf. art. 530 y 531 del CPPN). Así voto.

El doctor Ávalos dijo:

Que en razón de coincidir con los fundamentos expuestos por la señora Juez de Cámara del primer voto, me expido en igual sentido. Así voto.

Por lo expuesto; resuelvo: Por mayoría: I. Confirmar la resolución dictada con fecha 04/12/2020 por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, en cuanto dispuso el sobreseimiento de E. M. P. (DNI ...) en orden a los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592 imputados en el hecho nominado primero. Por unanimidad: II. Revocar la resolución dictada con fecha 04/12/2020 por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, en cuanto dispuso el sobreseimiento de E. M. P. (DNI ...) en orden a los delitos previstos en el art. 212 del CP y art. 3 segundo párrafo de la ley 23.592 imputados en el hecho nominado segundo, y en consecuencia disponer el procesamiento del nombrado, debiendo el Juez de instrucción pronunciarse sobre la prisión preventiva y embargo, a los fines de garantizar la doble instancia (art. 306, 310, 312 y 518 del CPPN). III. Sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN). IV. Regístrese y hágase saber. Cumplimentado, publíquese y bajen. — *Liliana Navarro*. — *Abel G. Sánchez Torres* (en disidencia parcial). — *Eduardo Ávalos*.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que JESUS REINALDO

ALCALA BARRIOS de nacionalidad venezolana con DNI 95.589.740 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen

obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 12 de marzo de 2020

Sebastián A. Ferrero, sec.

LA LEY: I. 07/12/21 V. 07/12/21

