

## Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

### Doctrina

# Los “principios” en el derecho



Jorge Reinaldo Vanossi

Académico Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

I.

La historia —que es dinámica— es aleccionadora y es así como algunas máximas que provienen de la antigüedad sentenciaron tajantes definiciones, como en el caso de la tan remota expresión latina del *summa ius, summa crux*, equivalente a “supre-

ma justicia, suprema cruz”. Eran tiempos de suma gravedad expresiva y dogmática que valían tanto para convencer como para asustar.

O también la más conocida, con pretensiones, depara incondicionalmente cierta y necesariamente validez, la apodíctica afir-

mación del criterio de *“summun ius, summa iniuria”*, sentencia esta que llevada a sus máximos extremos pueden resultar de la increíblemente mayor injusticia (Cicerón así lo advertía)

**Pero los siglos fueron pasando y el derecho evolucionando; publicada en 1872 en**

la lectura de “La lucha por el derecho” de Rudolf Von Ihering, impresionó no solo por el nombre sino también por la riqueza y la fortaleza de sus contenidos y, en especial, por su certera y firmísima admiración en el sentido de *que un derecho que no se realiza no es un derecho*: es una declaración.

Continúa en p. 2

# Derechos sobre derechos



Mariano Gagliardo

Académico Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Derechos sobre derechos. — III. Supuestos de derechos sobre derechos. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La sustancia de mi exposición, es la proposición de un tema sin precedentes jurídicos autónomos en nuestro medio y cuyo desarrollo requiere de ciertas y

detailladas consideraciones previas, que hacen a la coherencia de lo que se dirá. Como se sabe, el Derecho es una disciplina omnipresente en todo medio civilizado con particularidades, fisonomía y rasgos propios. Así lo expuesto, los caracteres

del orden jurídico que se enuncian como diferenciales —objetividad, bilateralidad, coercibilidad, etc.— no son excluyentes y, aun cuando parecieran dispares, son aspectos que provienen de la ontología del Derecho.

Y si queremos comprender con rigor y de modo suficiente la esencia del Derecho, será necesario aprender a diferenciar los preceptos jurídicos de otras clases de normas: por caso, las morales, las de trato social y otras tantas más.

Continúa en p. 5

# Derecho al olvido

## Entre el fallo “Denegri” y las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil



Alejandro Borda

Académico Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Noción del llamado “Derecho al olvido”. — III. Antecedentes. — IV. Los derechos constitucionales en pugna. — V. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el fallo “Denegri”. — VI. Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. — VII. Los algoritmos. — VIII. Conclusiones provisorias.

I. Introducción

El denominado “derecho al olvido” tuvo su momento de fulgor durante el año 2022. Por un lado, la Corte Suprema

de Justicia de la Nación, luego de haber escuchado diferentes opiniones en la audiencia pública que convocó, dictó sentencia en el caso “Denegri”; por el otro, fue el tema principal de la comisión n° 1

de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Mendoza, que se reunió para debatir sobre derechos personalísimos y nuevas tecnologías.

Pasados esos momentos, pareciera que ha disminuido el interés de la comunidad jurídica por el derecho al olvido, lo que considero un error. Por eso creo imprescindible retomar el tema.

Continúa en p. 7

## Jorge Reinaldo Vanossi (\*)

Viene de p. 1

De allí aprendí que debe tener enérgico curso el *derecho a la autorrealización del derecho* propiamente tal, como un deber indeclinable en la defensa de la justicia.

La frase completa de Ihering dice que *“el verdadero valor del derecho descansa en la posibilidad de su realización práctica*. La función del derecho en general es la de *realizarse*; la que no es realizable nunca podrá ser derecho”: Introducida por la Corte Suprema Argentina en el caso *“Pérez Smith” (fallo 300:1282) en el año 1977*.

Enfática insistencia del tribunal en recordar a la magistratura que: “su misión de supremo custodio de las garantías constitucionales impone a la Corte Suprema, *como deber inexcusable*, asegurar que todo individuo pueda hacer *uso del derecho* de apelar ante ella cuando estime conculcados los derechos que la constitución reconoce” (ídem Fallo 297:338 del mismo año).

Y pensar que se trataba de un gobierno “de facto”, como también lo era su Corte Suprema de Justicia.

## II.

Pero retomemos a los aportes del gran sabio alemán que también basta en el decir de Von Ihering que a la postre, “el interés es toda la medida de las acciones”: esta fue una elusión (limpieza), más que una lucubración de su inspiración, tanto en la filosofía del derecho como en la sociología jurídica nacida de su profundo apego al sistema continental europeo en el siglo XIX (1818-1892, en Alemania). Paulatinamente se aleja del idealismo espiritualista y de la tradición dogmática, orientándose hacia cierto finalismo, muy distante de Savigny. Se concentra en la satisfacción del “interés” a través del “derecho subjetivo”; y es por ello por lo que es coherente con “la lucha”, toda vez que *si el derecho no luchase contra la injusticia se negaría a sí mismo*. Suma a ello la motivación ética para atacar a la injusticia, mediante la *lucha* en el ámbito *moral*, ya sea que la injusticia, esté o no reflejada en los textos legales.”

El nuevo núcleo de orientación de las normas debe ser un nexo entre el derecho y la moral, contemplando los intereses reales de la sociedad cuya causa final sería la “causa psicológica”.

En síntesis, Ihering evidencia su convicción de que las normas jurídicas vienen a ser una imposición que se obtiene a través de la *lucha*; al propio tiempo que estima que la finalidad (el “finalismo”) es el elemento que configura y determina a las instituciones jurídicas (entre 1877 y 1883, en sucesivas versiones de la obra “el fin del derecho”). En otra de sus conclusiones, admite que el “fin” es cambiante según los “intereses” que aparecen en el tiempo y lugar, admitiendo así que la sociedad se inclina por el dominio del interés social sobre el individual. Esta centralización en los “intereses”, así otras ramas de la cultura y de la historia prevalecientes, lo conduce a Ihering en el camino de la “jurisprudencia de los intereses” por sobre la “jurisprudencia de los conceptos”, que abrazaron sus antecesores.

Digresiones y disquisiciones aparte me llevan a pensar que con la preponderancia absoluta de los “intereses” no queda bien parado el valor del *altruismo* frente a las aspiraciones del *egoísmo* en la entidad humana. O sea, ni un asomo de la futura idea del

“solidarismo”, lo que sugiere que la doctrina de las “causas finales” nunca tiene o encuentra un cierre definitivo, ni definitorio puramente escolástico, o a la manera de exigirse en un espíritu “exclusivo” de su escuela en la doctrina y en el método, o como en el tecnicismo científico.

De todos modos, el “corsi e ricorsi” de los cambios de pensamiento que acompañan a las diferencias de los tiempos históricos a que pensadores como Jürgen Habermas estime en el conocimiento que acuda, a los “intereses”; y dice: que “el sentido del conocimiento y, por tanto, también la medida de su autonomía, no se puede explicar de ningún modo si no es mediante el recurso a su relación”.

El derecho y la justicia también han gestado frases alusivas a sus meditaciones al respecto, que emanan de autores y épocas diferentes. El catálogo es frondoso y tan solo puedo citar algunos casos serios y otros humorísticos a saber:

- San Agustín, *Doctor y Abogado (de la iglesia)*

“...la belleza tan antigua y tan nueva que es “la dulce belleza de la fe afirmaba “el abogado de la iglesia”; quien también expresó en otro de sus escritos que “si los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a grande escala?”

Y en otra distancia se dijo severamente que:

- “donde no hay justicia es peligroso tener razón, ya que los imbéciles son mayoría” (Quevedo).

- Con irónico y sarcástico estilo dijo Mark Twain a sus lectores que:

“para triunfar en otras profesiones hay que demostrar *capacidad*: pero en el ejercicio de la Justicia es más recomendable ocultarla”.

Por su parte el “moderno” filósofo Jürgen Habermas se ha expresado en el sentido que:

“la moralidad tiene que ver sin duda, con la *Justicia* y con el bienestar de los otros, incluso con la promoción del bienestar general”.

Y en otro extremo de los tiempos, ya se había pronunciado Confucio, advirtiendo con mucha actualidad que:

“Cuando en un país reina el orden, es una vergüenza ser hombre pobre y común. Cuando en un país reina el caos, es una vergüenza ser rico y funcionario”.

## III.

Veamos ahora a dos grandes juristas que se complementan con análisis de gran profundidad. En el siglo XX pueden encontrarse dos expresiones que complementan el complejo de los grandes elementos que “integran” el significado y el “sentido” del derecho:

- Kelsen con la “Lógica”.

- Dworkin con los “Principios”.

- Y ambos procuran la Justicia.

Ronald Dworkin recibió muchos premios y, entre ellos, el que la UNAM otorga. Dworkin nació en Massachusetts en 1931 y falleció en Londres en febrero de 2013; y según “The Journal of Legal Studies” fue el segundo

autor del siglo XX más citado en el campo del derecho, después de Kelsen (*sic*). Ambos habían alcanzado el estudio de la filosofía del derecho con el derecho constitucional. Inició su carrera docente en Yale para continuar luego en Oxford, New York y Londres y formar parte de las Academias más prestigiosas.

Su formación provenía de Harvard, de donde procedía el gran “Justice” de la Suprema Corte, Félix Franfurter, que lo invitó a colaborar en el tribunal, aunque Dworkin optó por la docencia y sus numerosas publicaciones jurídicas.

Hay que destacar que Dworkin toma partido crítico contra el modelo del positivismo analítico preconizado por Hart, estimando que esa tendencia “solo tiene en cuenta las normas jurídicas y deja sin explicar los otros componentes del derecho de tanta importancia como *Los principios*”; y, además Dworkin rechaza “la separación entre la Moral y el Derecho” (*sic*), pues *deben ir juntos*.

La complejidad del pensamiento e ideas de Dworkin comprenden algunos aspectos que deseo destacar:

El ordenamiento jurídico no tiene lagunas ni autonomías.

La idea del derecho como la “integridad”, por lo que los jueces han de aplicar el derecho en los casos tomando los antecedentes como son, apoyándose en las soluciones anteriores y a partir de estas, de forma coherente, elaborando nuevas respuestas.

Todos los casos posibles cuentan con una respuesta correcta, suministrando una explicación y una justificación coherentes con todo el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de sus concepciones ideológicas, Dworkin fue un defensor de los derechos individuales, considerando que el valor de la persona humana priman sobre los propósitos colectivos: él afirma que los derechos morales prevalecen y que las políticas de los gobiernos solo son legítimas en cuanto respetan los derechos y las garantías; completando su convicción de que “el mantenimiento de una sociedad liberal implica un compromiso con una forma concreta de interpretar su sistema jurídico en clave de *Libertad*”.

Lo antedicho ilustra sobre su preocupación por los problemas de las libertades civiles y su relación con la *Igualdad*, como, así también, su condena a los gobiernos dictatoriales, al punto de sostener que “las personas son sujetos autónomos con igual derecho a ser respetados en sus convicciones, y con igual derecho a valerse de los recursos necesarios para poder llevar a cabo *en igualdad de condiciones* respecto a todos los demás”.

Por mi parte, adhiero a ello, habida cuenta de que, junto con la “igualdad ante ley”, está la “igualdad de oportunidades”, que es la condición para aspirar a lograr una “movilidad social ascendente” que permita alcanzar felicidad en la vida humana. Me apoyo, para ello, en la luminosa visión de *John Stuart Mill* que, superando las ideas de su padre (el economista Mill), creyó en la necesidad de enriquecer el pensamiento político con un liberalismo social (1).

Roland Dworkin fue un notable cultivador del derecho desde lo más profundo de sus fuentes filosóficas y morales. Por ello dirigió su visión de lo normativo en comunicación con los preceptos étnicos y en compromiso con los principios a cuyo apego forjó un



LA LEY A.I.  
(Análisis Inteligente)  
by TR + Microsoft Copilot

### ¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. La historia —que es dinámica— es aleccionadora y es así como algunas máximas que provienen de la antigüedad sentenciaron tajantes definiciones, como en el caso de la tan remota expresión latina del *summum ius, summa crux* equivalente a “suprema justicia, suprema cruz”.

2. La doctrina de Ihering se basa en la satisfacción del interés a través del derecho subjetivo y en la motivación ética para luchar contra la injusticia, contraponiéndola a la jurisprudencia de los conceptos de sus antecesores. Y Jürgen Habermas un pensador que retoma la idea de los intereses como fundamento del conocimiento.

3. Varios autores han reflexionado sobre el papel de los principios en el derecho, como Dworkin, que los considera superiores a las reglas y vinculados a la moral; o San Agustín, que los relaciona con la justicia y la verdad. Los principios son pautas directrices para el ordenamiento jurídico y para las sentencias judiciales.

4. En Kelsen destaca su aporte a la ciencia jurídica basado en la lógica y en la norma fundamental, así como su participación en la elaboración de la Constitución austríaca y su crítica al sistema jurídico comunista.

5. Se enfatiza la relevancia del principio de la tutela judicial efectiva, que implica el derecho a la jurisdicción, el acceso al órgano, la prontitud de la sustanciación y el cumplimiento de la sentencia. Asimismo resalta el valor de la separación de poderes como garantía institucional y como límite al ejercicio de las funciones judiciales por parte de los otros poderes del Estado.

### ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

La importancia de los principios en el derecho y la influencia de algunos autores relevantes en la teoría jurídica. El autor comienza haciendo referencia a algunas máximas de la antigüedad que expresaban concepciones extremas o dogmáticas sobre la justicia, y contraponen la visión de Ihering, que enfatizaba la necesidad de la realización práctica del derecho y el deber de luchar contra la injusticia. Luego, el autor se centra en la obra de dos grandes juristas del siglo XX: Kelsen y Dworkin. De Kelsen destaca su aporte a la lógica jurídica, su idea de la norma fundamental y su defensa de la democracia y la tolerancia. De Dworkin resalta su crítica al positivismo analítico y su concepción de los principios como normas materiales que tienen un contenido moral y que deben ser aplicados e interpretados por los jueces. También menciona a otros autores que han reflexionado sobre el derecho y la justicia, como San Agustín, Quevedo, Mark Twain, Habermas y Confucio, y cita algunas de sus frases alusivas. Finalmente, aborda el tema de la *tutela judicial efectiva* como un principio constitucional que garantiza el derecho a la jurisdicción, el acceso al órgano judicial, la prontitud de la justicia y la ejecución de las sentencias. Asimismo, el autor reivindica la figura de San Agustín como jurista y juez, recordando su aporte a la teoría del Estado y su visión de la justicia como superior al Estado.

### ¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

### ¿Qué son los principios generales del derecho?

Se trata de un artículo de UNIR Revista sobre los principios generales del derecho que

## Continuación del A.I. de p. 2

son un conjunto de conceptos y valores que sirven como apoyo para que los jueces y abogados puedan fundamentar y orientar sus razonamientos y decisiones jurídicas.

[Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo](#)

Un artículo de Miguel A. Lico sobre los principios generales del Derecho.

pensamiento *principalista* (de “*principalismo*” como doctrina), al punto de subrayar la superioridad de los *principios* propiamente dichos sobre la entidad de las “reglas”.

Acaso sea por ello por lo que “tributó” un prolongado antagonismo con *Herbert Hart* (décadas de los setenta y los ochenta), quien consideraba a la teoría del derecho como un sistema de “reglas”. En cambio, para Dworkin eran los “*principios*” los más relevantes, ya que les daban sustento y justificación a las reglas; y entendiendo así que los *principios* morales ayudaban mucho más a los jueces para resolver los problemas que suscitan los casos complejos. Dworkin fue un crítico de lo meramente descriptivo y con descarte de la ética, oponiéndose a las doctrinas utilitaristas y a las escuelas “analíticas” del derecho.

A mayor abundamiento, en su refuerzo, Dworkin afirma que los “*principios*” revisitan el carácter de normas de carácter “*material*”, que son válidos como derecho y que frecuentemente son “*vinculantes*” en virtud de su *fuerza*, siendo factible enunciar una regla estable que las seleccione a partir de su nivel de respaldo institucional. Así, los *principios* se fortalecen por el paso del tiempo y de acuerdo con lo que la sociedad va confirmando.

En *síntesis*: el gran aporte de este maestro es el de la práctica “*argumentativa*” para discernir los argumentos que el juez tomara al momento de sus decisiones, pues la “interpretación” es el camino para encontrar el mejor *sentido* en un complejo de “normas materiales” que requieren ser objeto del arte de la hermenéutica de los textos.

Habida cuenta de que vale tomar noción de la distinción separativa —entre las “políticas” y los “derechos”—, tiene importancia para los filósofos del derecho en su relación con la protección constitucional. Al respecto:

1) Las *políticas*: definen objetivos *colectivos* que valen por su carácter agregativo y están individualizados. Ejemplos: ambiente, bienestar y defensa

2) Los *principios*: son valiosos, porque *protegen a los derechos*. Son distributivos, pero están *individualizados*. El goce es de clase *individual*.

- Hay un *límite* a la persecución de objetivos colectivos.

Por lo tanto, es fundamental que, con “*los principios*”, cuando se aplican, *el control de constitucionalidad* opere en una aplicación dinámica y permanente.

Para Dworkin *los jueces* deben decidir fundamentalmente sobre la base de “*principios*” que establecen “derechos” y *no* de “políticas”.

## IV.

La frecuente apelación a los “*principios*” va casi siempre relacionada con la referen-

cia a los “valores” o a la remisión a los “derechos”, cuando no se extiende también a la invocación y utilización de las “directrices”, aunque ya —hace tiempo— en mi obra “Teoría Constitucional” yo hacía referencia a la distribución constitucional entre cláusulas operativas y cláusulas pragmáticas “no operativas”, pero que cumplen estas la función de indicar a los poderes públicos ciertas *directivas* para el accionar de los poderes públicos o bien para establecer “reglas de interpretación” dirigidas particularmente a los jueces (1976, Depalma, tomo II).

Algunos autores referían a estas cláusulas como “directivas políticas” dirigidas a los legisladores, aunque se trate de estándares abiertos, laxos o indeterminados. También se ha tomado en cuenta de las llamadas cláusulas “preceptivas”; aunque preferimos reservar esa denominación a lo que puede llamarse la parte preceptiva de la Constitución, o sea, la parte componente de las declaraciones, los derechos y las garantías institucionales (parte primaria, CN). También en ese espacio se focalizan los “*principios*”, que pueden estar fijados por separado de los “valores”. Y como se insiste en que los *principios* carecen de “supuestos de hecho”, serían por lo tanto imperativos en tanto y en cuanto no se ocuparán de ellos los legisladores y/o los jueces.

**Tanta confusión de vocablos (sinónimos o no sinónimos entre sí) obliga a definirse en el sentido de que “los principios” son principios siempre, y cuando se apoyen en los valores y por esa vía obtengan una recepción jurídica que apunta a la precisión mínima pero indispensable para hacer efectiva su aplicación.**

El sistema jurídico se disipa en los supuestos de omisión de la implementación necesaria y de la interpretación conducente a asegurar la eficacia y eficiencia en el plano del aparato normativo. Aquí entran a jugar las “garantías”, concebidas como el instrumento efectivizador o efectivizante para cumplir con la necesidad de poner en funciones las acciones destinadas a que los derechos humanos logren concretarse “ante la eminente dignidad de la persona” (Pico della Mirandola) en forma *concreta*. Al decir de Ronald Dworkin (“los derechos en serio”, Ed. Ariel), y los *principios*, son “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la *moralidad*”. Es importante lo dicho por Dworkin, dada la importancia relevante que le asigna a los *principios*, ya que las simples “directrices políticas” remitan a la propuesta de un objetivo que —según los tiempos y las circunstancias— llegaría a ser alcanzado; y en cuanto a la amplitud que cubren las “normas” genéricamente consideradas, su aplicación en una forma disyuntiva conduce frecuentemente a la *separación* entre diversas realidades, cada una de las cuales está referida intrínsecamente a la otra alternativa (entre dos o más) por una de las cuales hay que optar (DRAE).

Por supuesto que la normatividad en su plenitud supone los ingredientes tripartitos del conocimiento y factores de los hechos, la conciencia sobre el “deber ser” y el producir *in limine litis* la consecuencia jurídica del caso. Por más que algunos autores distinguen entre “*principios generales*” y “*principios no generales*”, resulta compleja la separación y la distribución en categorías o especies, ya que el número de “*principio*” no es calculable aritméticamente, sino por apreciaciones, según la índole y el alcance de cada índole conceptual.

Partimos de la base de que el orden semántico y las denominaciones pueden remitir a fáciles confusiones o errores. Por lo pronto es

muy común que en el lenguaje entren en la mezcla promiscua de la terminología vulgarista, expresiones o contenidos que confunden (especialmente a los legos), como acontece con títulos o términos pertenecientes al área procesal de algunos mecanismos que operan como “garantías jurídicas” (acción, recursos, cautelas, provisionales, etcétera). Tampoco funge como un principio propiamente dicho, la invocación de una “analogía”, toda vez que es riesgoso cuando entraña contingencia o proximidades que están expuestas a no verificarse; aunque la analogía metódicamente aplicada puede ser útil, y puede operar como método de interpretación.

Con más aproximación pueden accionar como procedencias de “afinidad principista”, los comienzos para incoar acciones fundadas en presupuestos tales como la confianza legítima, la moral pública, la buena fe, “*el indubio pro reo*”, “*el indubio pro libertate*”, “*pro homine*”, etc. El derecho se encarga de promover esas premisas. Con una consagrada jerarquía se ostenta como *principio* la “separación de poderes”, indudable categoría institucional (ya lo decía *Hauriou*) a cuyo paso acceden y acompañan el “*principio de legalidad*” como sometimiento a las leyes (la antítesis del “culto al coraje y desprecio a la ley”); el “*Principio de Razonabilidad*” (art. 28) que va acompañando al medio necesario de la “proporcionalidad” como garantía institucional, y la consiguiente regla de la relación “medio-fin” en su apreciación concreta.

En cuanto a la *igualdad* es indiscutiblemente “*principio*” y bandera a nivel de conquista fundamental (*sic*) en la evolución de la humanidad y sus sucesivas conquistas, que van desde la “progresividad” hasta su congénere de la “no regresividad”; abarcando la “igualdad ante la ley”, la “igualdad de oportunidades” y la tan ansiada (¿utópica?) “igualdad real” de oportunidades y posibilidades; de igualdad real de oportunidades y de tratar mediante medidas de “acción positiva”; la no discriminación y la *base* del impuesto y de las cargas públicas. Ello, corresponde agregar la admisibilidad “sin otra condición que la idoneidad”, más la supresión de los fueros personales y los títulos de nobleza (art.16). Cabe entender que los “*objetivos*” que indica claramente el Preámbulo de la Constitución también tiene el rango de “*principios*” fundamentales para la Nación, siendo los siguientes a saber: unión nacional, justicia, paz, defensa, bienestar general, y la libertad; siendo pues, y obviamente, “valores” que adopta la sociedad y el pueblo.

En cuanto a la *libertad*, que es un bien común y sublime, los términos de una Constitución asumen la entidad de verdaderos *Principios*: a) “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”; y b) “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Del mismo modo, la ley suprema reconoce los “*Principios de la soberanía del pueblo* y el de la *forma republicana de gobierno*” (ambos), y en las relaciones exteriores impone que los tratados “estén en conformidad con los *principios de derecho público* establecidos en la Constitución”. Los *Principios* consagrados y comprometidos en la superlegalidad constitucional insuflán espiritualmente a toda la normatividad, comenzando por la máxima definición: la República y dé excelencia y prerrogativa; y como facultad importante el reconocimiento y la práctica al *Principio de la “responsabilidad”*, a ser asumida en todas las instancias y jerarquías, a fin de configurar los demás requisitos y de efectivizar la “*seguridad jurídica*” en todos los órdenes (seguridad personal, seguridad social, seguridad exterior, etc.); así como los jueces deben asegurar la “*verdad jurí-*

*dica objetiva*”, sin la cual no habrá el conocimiento de la verdad material.

## V.

Ha adquirido rango mundial el *Principio de la Tutela Judicial Efectiva*, que parte del *principio pro-actiōne* y que se manifiesta y garantiza a través del punto de partida de las constituciones que es el fundamento básico de todo lo garantístico y garantizador, dentro y fuera del plexo jurídico, de cuya formación nace el “*derecho a la jurisdicción*”, que se traduce en el acceso al órgano, siendo dato prioritario la cercanía del tribunal como así también que la prontitud de la sustanciación evita la morosidad en la causa, por resultar ella altamente perjudicial para quienes reclaman “*justicia*” en reparación del daño causado y, si cabe, las sanciones correspondientes al responsable.

El cumplimiento efectivo de la ejecución de la sentencia es un elemento “arcónico”, como dato esencial para poder considerar “que se hizo justicia”, como una parte inescindible del hito de seguimiento y permanencia en la obtención del fin perseguido. Se trata —todo esto— de hechos clave y fundamentales dentro del ámbito jurisdiccional y su contexto. La justicia como poder del Estado (y no como simple organismo) queda reforzado con la Constitución, y a los tribunales inferiores, el *conocimiento* y *decisión* de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las “leyes de la Nación...”; de igual manera y —como contra partida— al consagrarse terminantemente que “En ningún caso los Presidentes pueden ejercer funciones judiciales, arrojarse el conocimiento de “causas pendientes o restablecer las fenecidas”, que en la Constitución de Cádiz —España, 1812— (quedaba también incluido “el parlamento” en la prohibición antedicha).

En conclusión, podemos decir que nuestros criterios son los siguientes:

1) Es necesario advertir que no son conceptos iguales los referidos a “*principios*” generales del derecho”, que lo estrictamente atinente a los denominados “*principios*” constitucionales”, toda vez que los primeros participan de una categoría que comprende una serie o conjunto que son muy disímiles entre sí, pero que comparten alguna funcionalidad en común. Tal como se ha dicho por autores que tratan la cuestión, no son una categoría jurídica unitaria, pero pertenecen al orden jurídico positivo, estando dentro de él, sin perjuicio de las diferencias de criterio entre el *iusnaturalismo* (que los considera comunes y válidos para todos los ordenamientos), y el *positivismo* (que son propios de cada Estado), aunque sería aceptable que esos *principios* (generales) fueran adaptables a nuevas realidades.

2) De resultados de ellos, tales “*principios*” son normas que los poderes de Estado deben desarrollar en la aplicación de la Constitución; que —además— valen con la misma jerarquía que las garantías y derechos, toda vez que los *principios* ostentan el rango de pautas directrices para el resto del ordenamiento jurídico, incluidas las sentencias judiciales como sustento de sus fundamentos de los decisorios.

3) De todo ello resulta que los “*principios*” (de raigambre constitucional) no solo importa la enunciación de los fines y objetivos constitucionales, sino también el rol técnico-jurídico que importa como medios para la organización instrumental que los poderes del Estado deben complementar e implementar en beneficio de la sociedad y el pueblo.

## VI.

Ahora es justo recordar al maestro de los maestros, que tanto aportó a un cono-

cimiento científico del derecho, basado en la lógica: *Hans Kelsen*.

El hecho de que al crearse el premio nobel no se incluyeran en la nómina de categorías, al *Derecho*, hizo imposible al acceso de esa altísima distinción del otorgamiento a algunos de los más destacados juristas.

Pienso y estimo que Hans Kelsen lo hubiera merecido y recibido como un galardón, al que era acreedor por su talento y aportes a la ciencia jurídica.

Cuentan sus biógrafos a lo largo de su trayectoria (1881-1973) toda una vida trajinada por las vicisitudes de los cambios institucionales, políticos y bélicos, sucedidos en aquel siglo. De su nacimiento en Praga (Imperio Austro-Húngaro) a sus estudios en Viena, las enseñanzas de Kant influirían y gravitarían en su formación. En Austria fue auditor general con el último ministro de guerra de la monarquía, y ya en 1907 escribió Sobre las leyes electorales del Reino, siendo habilitado como docente en 1911. Señala *Robert Walter* (director del primer momento del Instituto que lleva el nombre del maestro), que éste ya había elaborado en su juventud un trabajo sobre la “teoría del estado en Dante Alighieri” (*sic*) y otra sobre “Problemas capitales de la teoría del Estado”.

En esos tiempos se acercan a su docencia los luego eminentes *Adolf Merkel* y *Alfred Verdross*, abocándose entre todos a la teoría de la “norma fundamental” y el enunciado de la estructura escalonada del orden jurídico. De una versión estática se pasa a la dinámica de la “pirámide jurídica”, con el sustento en la “norma fundamental”, que según Kelsen se entendía como una norma “hipotética”, que más adelante la remontaría al plano del derecho internacional, ya que toda norma emanada de una legalidad anterior y superior: de ahí que defendiera la primacía del derecho internacional sobre ciertos los ordenamientos nacionales.

Por su gran prestigio y su consabida genialidad fue convocado en 1920 por el canciller Renner para elaborar una Constitución para la flamante República austríaca, a lo que se dedicó con seis proyectos alternativos, de los que uno de ellos se convirtió en el texto aprobado por el parlamento, sobre las bases de un régimen democrático, una estructura federal y la notable innovación de una Corte Constitucional (que reemplazó al tribunal provisional) y en la que le fue asignada la presidencia de ese órgano, custodia de la superlegalidad constitucional.

En rigor de verdad, “muchacha ha pasado bajo el puente”, por lo que la búsqueda de la Justicia es y seguirá siendo un tema arcántico en la concepción del *Derecho*. Se multiplican las escuelas y abundan los criterios enunciativos. De todos modos, en las opiniones a considerar, podemos citar la de Hans Kelsen cuando expresa el maestro: “no puedo decir qué es la justicia: la justicia absoluta que la Humanidad ansía alcanzar. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede progresar la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la jus-

ta de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia (son palabras en su despedida en 1952, en Berkeley, California, al alejarse de la docencia).

Y ya con anterioridad se había pronunciado en la “Teoría Pura del Derecho”, considerando a la moral como parte de la justicia, aunque no exclusivamente, sino como elemento interconectado con la justicia como un fin del derecho. Textualmente: “en tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre esta y el derecho, queda comprendida en la relación entre justicia y derecho” (*sic*).

El calificativo de “pura” a su teoría, respondió en esa época a su empeño por sustraerla del complejo anquilosamiento con que se cubría al derecho positivo de toda clase de filtraciones provenientes de otras ramas de la cultura y de la historia.

Kelsen no respondía a ningún partido político y decidió retirarse del cuerpo luego de diez años (1930) de desempeño, ante el giro ideológico que se iba imponiendo. Su primer destino ulterior fue asumir una cátedra en la universidad de Colonia, donde una imposición de *Carl Schmitt* y los nacionalistas lo alejaron, viéndose obligado a instalarse, invitado en el Instituto de Estudios Internacionales de Ginebra (1933). De allí se trasladó como catedrático a la Universidad de Praga —su ciudad natal— en 1936, con la mala suerte de la caída de Checoslovaquia como resultado de la imposición nazi lograda en Múnich en 1938, merced a la claudicación de Chamberlain y Daladier, que cedieron ante el antojo totalitario de Hitler y Mussolini.

Tanto traqueteo lo persuade a alejarse de Europa y viajar a los EE.UU., donde luego de dictar cursos académicos en Harvard, el famoso *Decano Roscoe Pound* logra obtenerle radicación permanente en 1942 en la Universidad de California, en la sede de Berkeley, donde permanecerá hasta su muerte (habría llegado a ser bisabuelo...).

Tuve la feliz oportunidad de visitarlo allí en diciembre de 1970, luego de haber conocido y estudiado su edición final de 1960 de la “Teoría Pura del Derecho” y su magnífico texto sobre “esencia y valor de la democracia”: y así también la “Teoría General del Derecho y del Estado”. Kelsen era un demócrata cabal como lo demuestra muchas de sus centenas de publicaciones, tales como “la Ilusión de la Justicia”, referida al pensamiento de Platón; y por qué no citar su abrumador estudio de crítica y cuestionamiento del sistema jurídico comunista (que llegó a ser editado en Buenos Aires), donde lo pulveriza al soviético *Andréi Vyshinski*, que fuera el jurista de Stalin al servicio de la justificación de todos los “niet” (rechazos) en el seno del consejo de seguridad de las Naciones Unidas (ONU) para hacer valer el veto ruso en las cuestiones donde estuviera en juego “la defensa de los Estados que luchaban en pro de las democracias pluralistas” (2).

*The last but not least* nos ilustra la biografía de nuestro maestro formador, que su modestia lo condujo a que su trabajo póstumo acerca de la “Teoría general de las normas jurídicas” no se publicara, sino apenas en 1979, ya fallecido; cuando en 1970 ya tenía en su escritorio los borrado-

res manuscritos que humorísticamente me exhibió, advirtiéndome que sus admiradores se sorprenderían y era por ello por lo que lo demoraba.

Kelsen fue un hombre dotado de una gran cultura, que abarcaba la historia, la literatura, la música y hasta la poesía. Cuentan sus frequentadores que admiraba las poesías del gran Goethe y los epitafios de Heine, pues aludía sobre este la famosa inscripción de “¿Dónde hallará finalmente reposo el cansado caminante?”, lo que era en el fondo de su alma una confesión —también— de su vida circulación por el mundo.

Nos había visitado en 1949, por invitación de Carlos Cossio, polemizando ambos filósofos en debates que se llevaron a cabo en la nueva sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en esta Avenida Figueroa Alcorta. Y más allá del Derecho, en su afán por la poesía, Kelsen compuso el poema “Carpe Diem” (“Solo lo que tu alcanzas te pertenece”) advirtiéndome a los jóvenes “que no debes preocuparte, siempre es hoy, nunca es mañana; el tiempo es una ilusión; no sueñes con lo distante, pues perderás dichas cercanas”.

Otro aspecto de la personalidad de Kelsen —que comprobé en la jornada de aquel día pleno en que lo visité en su casa— era su jovial sentido del humor, que dispensaba con suma alegría a sus contertulios. No escapó a la percepción de sus conocedores —amigos y discípulos—, que el maestro disfrutaba del mar; por lo que la contemplación del “Océano Pacífico” desde su residencia cercana en Oakland lo proveía de la medicación y el descanso, tan necesario para su espíritu y su sosiego anímico. Cuentan quienes lo observaron que esa comunicación con los movimientos de las olas le recordaba el poema de Goethe titulado “Canto de los espíritus sobre las aguas”, que dice:

“El alma del hombre es como el agua, viene del cielo, y al cielo asciende y debe nuevamente bajar a la tierra cambiando eternamente ¡Alma Humana, cómo te pareces al agua” (3).

Permítaseme traer a colación una anécdota: Cuando en el mes de diciembre de 1970 visité a Hans Kelsen en su casa de Berkeley, con una vista a la bahía de San Francisco, compartiendo con él una jornada memorable, recorrimos esa modesta residencia, y en uno de sus ambientes de trabajo observé que en la pared lucían varios retratos; y al preguntarle por ellos, me respondió: son mis principales inspiradores, y fue detallándome uno por uno, comenzando por la figura de Marco Aurelio (“gran pensador de la antigüedad”) prosiguiendo con Kant (se confesaba neokantiano) continuando con Max Weber (“la gran figura de mi juventud”), para culminar con la foto de una bella mujer. Y allí me aclaró: “es la que más me inspira”. Ante mi asombro, ¿se trataba de la actriz Elizabeth Taylor...!

## VII.

Agustín de Hipona. Doctor y Abogado (de la Iglesia)

El que se convirtió en Santo, “Agustín”, (hijo de Mónica y Patricio Aurelio), no solo ha sido el máximo pensador del cristianismo del primer milenio de nuestra era, sino uno de los mayores genios de la humanidad.

Nació el 13 de noviembre del 354 Anno Domini en Tagaste (actualmente Argelia).

Habiendo sido un “maestro” de la Retórica en Milán, se dedicó también a la Gramática, interesándose también en la Filosofía a través de Cicerón.

En Cartago inaugura una Academia y posteriormente se traslada a Roma abriendo otra Academia, y obtiene una cátedra de Retórica en Milán.

También se interesa por la “Filosofía Neoplatónica”, acercándose al cristianismo, y escribe Soliloquios.

Es consagrado Obispo y sucede a Valerio en la sede episcopal de Hipona.

En su prolífica y profunda obra se encuentran tratadas, en conjunto o en paralelo a los tópicos religiosos, todas las cuestiones básicas inherentes a la humanidad, vigentes en la actualidad. Por eso, además, se lo ha entendido como “el primer hombre moderno”.

Escribe numerosos tratados, obras teológicas, morales de exégesis y apologéticas.

En Agustín se refleja y referencia a la Ley como la noción impresa: “Principios” y “Fundamentos” del orden jurídico y legal. Se refería a la Ley, que pueden también ser objetivos o subjetivos, y corren paralelamente a los demás valores (por ejemplo, el Derecho Natural, etc.). Es ¡un pensamiento filosófico-jurídico de San Agustín!!

Por lo tanto, vemos que en el campo de las ciencias jurídicas resulta aún hoy de gran interés sus ideas respecto de la justicia, que en lo principal se hallan en su obra “De Civitate Dei” (La ciudad de Dios): “Donde no hay verdadera justicia no puede haber un pueblo, según la definición de Cicerón”, expresa desterrando la idea de que la comunidad política nace o se mantiene por la fuerza. Agrega también que cualquiera que sea el orden político establecido o el tipo de Estado o gobernante, no es el tamaño ni la fuerza, sino la presencia de la justicia lo que diferencia a un Estado de una banda de delincuentes.

La justicia es, pues, superior al Estado mismo, y un requisito “sine qua non” para ser tenido por tal. Y los gobernantes, aún actuando desde su “imperium”, pueden también delinquir cuándo se apartan de lo que es justo.

Una faceta menos conocida de San Agustín es la actuación como juez. Un contemporáneo suyo, San Posidonio de Calama, cuenta que cuando San Agustín era requerido por los cristianos o personal de otras sectas, oía con diligencia la causa, sin perder de vista lo que decía alguien. Prefería resolver los pleitos de desconocidos que, de amigos, pues entre los primeros es más fácil un arbitraje de justicia y la ganancia de algún amigo nuevo; en cambio en el juicio de amigos se perdía ciertamente el que recibía el fallo contrario.

Sus ideas, asimismo, establecieron las bases para la separación entre Iglesia y Estado en la Europa Occidental frente al Este bizantino, en ambos órdenes no tuvieron una separación tan evidente.

Agustín murió en la ciudad de Hipona el 28 de agosto del año 430. Luego su cuerpo fue trasladado a Cerdeña, y desde el año 725

(2) Andréi Yanuáievich Vyshinski: Nacido en Odesa en 1883, en 1908 fue encarcelado juntamente con Stalin; y en 1920 se unió con la fracción bolchevique. Se graduó como doctor en ciencias jurídicas y en su prolongada carrera llegó a ser miembro de la Academia de Ciencias. En las grandes “purgas” de 1936-1938 actuó como acusador y teorizó en el sentido de que la ley penal era una herramienta para la lucha de clases (*sic*). Fue comparado con

el presidente del tribunal “popular” de la Alemania Nazi, Roland Freister; siendo partidario de la tortura como medio para la confesión, por ser esta la “prueba reina”. Tuvo a su cargo la preparación de los Juicios de Núremberg por parte de los soviéticos. Fue el autor de la “teoría de las pruebas judiciales (premiado por Stalin). Llegó a ser canciller dos veces (en intervalos con Molotov) y embajador ante las Naciones Unidas (ONU); falleció

en 1954, estando en Nueva York. Dos años después sus obras fueron condenadas oficialmente y fueron —consecuentemente— abandonadas por los juristas del régimen comunista. Como podrá verse Vyshinski fue la antítesis paradigmática del derecho penal de las escuelas liberales garantistas. Las concepciones jurídicas de Vyshinski y de Hans Kelsen fueron absolutamente opuestas y diametralmente distantes en cuando al estado constitucional y

democrático del derecho.

(3) Recordado por Robert Walter, profesor emérito de la Universidad de Viena y fundador y director del “Hans Kelsen Institut” de Viena. Visitando ese establecimiento en años posteriores, con curiosidad observé en la biblioteca una considerable cantidad de obras dedicadas a China (*sic*).

reposa en la basílica de San Pietro in Ciel d'Oro, en Pavia.

Fue proclamado *Doctor de la Iglesia* en 1295 por el Papa Bonifacio VIII, debido a su erudición.

## Mariano Gagliardo (\*)

Viene de p. 1

Lo que se dice no puede soslayar una afirmación de permanente vigencia, toda vez que el progreso de la ciencia jurídica ha marchado por el cauce de las clasificaciones, sistematizaciones y divisiones, nociones estas que en su apreciación contribuyen en las soluciones de casos o bien facilitan la exposición de una cuestión como la que nos ocupa.

Y a raíz de lo que se expone, en nuestro régimen positivo, existen anomalías y diversidad de situaciones jurídicas, variedad de contenidos normativos, sinonimias legales y en oportunidades también doctrinarias y todas aunadas contribuyen a la interpretación de casos que se suscitan en materia civil y comercial.

La elección de nuestro tema requiere de ciertos pasajes por consideraciones jurídicas que, aun cuando parecieran alejadas y conocidas por los presentes, son adecuadas a la proposición inicial. Desde ya anticipo que no quiero incurrir en la pedantería dogmática de lo que se dirá es definitivo. No: es un introito a la cuestión y al debate de esta. Comenzaré por los cimientos del tema. No sin aclarar que un código, como toda obra humana, está sujeta a defectos oscuridades y contradicciones, y cualquier sistema de interpretación que no cuente con ellos será siempre equivocado y propenso a error. Partir de una pretendida perfección ideal de la ley equivale a colocar las deducciones sobre una base falsa.

**2. Tal lo dicho y, en primer lugar, es de rigor aclarar que resultan expresiones lingüísticas equivalentes —o sinónimos—, las nociones de “vínculo jurídico” y de “relación jurídica”, ambas en cuanto expresan la concepción de poder jurídico, es decir, la idea de un derecho subjetivo cuya naturaleza consiste en un señoría de la voluntad sobre personas o cosas.**

Como se verá en nuestra presentación, existe variedad de vínculos jurídicos relacionados con el tema; y se destaca que el objeto del derecho no solo resulta cosas, sino alcanza también a los bienes (llámese *derechos*); lo dicho a propósito del título de la presente.

En segundo término, respecto del enunciado formulado acerca de la división —como sustento de la evolución jurídica— cabe el distinguo entre las distintas situaciones que tienen carácter patrimonial, y las no patrimoniales. A su vez, dentro de las relaciones jurídicas de índole patrimonial puede efectuarse una consideración tripartita: a) derechos personales; b) derechos reales, y c) derechos intelectuales.

En orden al distinguo básico entre derecho de las obligaciones y derechos reales, se dirá que los primeros son dinámicos y el acreedor no ejerce su facultad directamente sobre el objeto, sino que lo hace a través de la conducta del deudor; es decir, de manera mediata. Decía Paulo: “la esencia de la obligación no consiste tanto en hacer muestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro que nos dé o no haga algo”.

Es venerado asimismo por la iglesia ortodoxa, las iglesias orientales y hasta las iglesias reformadas o protestantes.

**Por fuera de la religión, diversos sabios y científicos en todas las épocas —hasta en**

Mientras que el derecho real es estático, absoluto (se tiene contra todos: *erga omnes*) y reside en que es un poder que su titular ejerce directamente sobre la cosa, sin intermediario alguno.

En cuanto a la obligación jurídica, resulta una subespecie de las relaciones jurídicas de tipo patrimonial, aclarándose que la obligación que es objeto de estudio en el derecho de obligaciones no es solo el deber jurídico, pues todas las obligaciones son deberes jurídicos, pero no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Aquí remito a un matiz al que se aludirá con motivo de la figura del usufructo.

Por lo demás, el comentario y referencia a los derechos reales y personales no es una mención fuera de contexto. Es que, como se verá, en el contenido de la figura que da lugar a esta comunicación existen datos o notas que permiten la composición de la cuestión elegida.

3. Estas reflexiones toman como base la relación entre una persona humana o jurídica respecto de una cosa o un bien.

Ello así, pues está visto que resultan factibles los supuestos legales de relaciones jurídicas relevantes entre cosas... Por casos, la servidumbre impuesta a una heredad que no priva al propietario de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen a las antiguas, o bien la servidumbre de acueducto a favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones, etcétera.

Lo dicho no agota las hipótesis de relaciones entre cosas, pues las circunstancias pueden inferir en la naturaleza jurídica de las nombradas cosas, transformándolas desde mueble en inmueble, desde cosa autónoma en parte integrante. Cito los supuestos de cesión y avulsión.

Cabe, asimismo, dilucidar el interrogante de derechos sin sujeto, ello de manera momentánea, pues tenían en su momento uno y luego lo perdieron o bien por no haberlo tenido nunca. Esta mención, alude a los derechos de servidumbre de un predio abandonado, la herencia vacante o bien el título al portador abandonado por su poseedor no caído en manos de otro, etc., y, también, los supuestos de naturaleza discutible, tal lo que surge del art. 2142 Cód. Civ. y Com. que enuncia derechos reales y personales del usufructuario en cuanto puede constituir derechos reales de servidumbre y anticresis.

4. Tal lo antes dicho, y en función de los distinguos realizados, corresponde el desarrollo del asunto central.

## II. Derechos sobre derechos

**1. Los orígenes y la formulación de lo que, a través de los años, se llamaría teoría de los “derechos sobre derechos”, según noticia que leyéramos en un estudio de Beltrán de Heredia (1), en un trabajo que publicara en el año 1940, la mencionada teoría fue formulada por primera vez en el año 1823, por un autor francés de apellido Duroi. Nos atenemos a esta referencia autoral, pues con gran**

**materias como la Sociología y la Física—, han destacado la importancia de los aportes que llevó a cabo.**

En definitiva, la profunda inteligencia y cautela de San Agustín lo identificó en la per-

**esfuerzo, tratamos vanamente de ubicar antecedentes del citado autor sin resultado positivo. Recorrimos notables bibliotecas de Catalunya, en particular la antigua e histórica de dicho sitio, sin lograr clarificar nuestro propósito. De allí, que nos atengamos a repetir los antecedentes ubicados en el sentido que se atribuye a dicho autor que, al examinar la propiedad en relación con las servidumbres, sostenía que en lugar de hablarse de una teoría sobre los derechos reales debería aludirse a un solo derecho de propiedad, que bien podría tener por objeto tanto las cosas como los demás derechos.**

Recuerda Beltrán, citando a Duroi, que tal idea fue por demás rebatida, si bien la realidad —cuestiones que luego se expondrán— demuestra la existencia de situaciones jurídicas como la “prenda de créditos” o bien la configuración de “usufructo de créditos” y otras tantas relaciones jurídicas o bien alguna disciplina —por caso que el derecho testamentario— con diversidad de matices, serán motivo de ulterior exposición.

Con una óptica pragmática. Bernardo Windscheid en la traducción del *Diritto delle Pandette* (2) acepta la cuestión, la que es recibida en el lenguaje jurídico, inclinándose por su admisión, pues cuando se habla de “derecho sobre derecho”, se quiere indicar el hecho de que la voluntad de una persona, según el orden jurídico, es decisiva para un derecho. Es que mediante esta concepción genérica “derechos sobre derechos” se pueden explicitar realidades patrimoniales de indudable trascendencia económica, cuya normativa las impone, y, el resultado será, que cuando la relación resulte un derecho sobre otro derecho, no es, en sustancia, otra cosa que un nuevo derecho, resultante de la combinación de dos derechos, el objeto del cual es la cosa misma, que constituye el objeto del derecho que aparece como objeto de otra.

**Una aproximación a lo expuesto resultaría que cuando alguien tiene la facultad de hacer valer como contenido de un derecho propio, aquello que es el contenido, en principio, de un derecho ajeno, se configura un derecho sobre otro derecho.**

## III. Supuestos de derechos sobre derechos

La configuración de las hipótesis de “derechos sobre derechos” tienen su proyección, perfil, particularidad y matices, a partir de algunos derechos reales.

A) En el primer supuesto, citamos el caso de la hipoteca. Contemplada en el art. 2205 del Cód. unificado que puede versar sobre uno o varios inmuebles que subsisten en poder del constituyente, quien será el propio deudor o bien un tercero, ajeno, que asume en el particular la garantía de una deuda cuyo origen es un derecho personal. Resultan legitimados para constituir el gravamen el propietario, el condómino, propietario de una unidad funcional, el titular de un conjunto inmobiliario y el titular superficiario.

**La garantía hipotecaria no puede recaer en el usufructo, uso, habitación, servidumbres prediales y tampoco puede afectar a derechos hipotecarios. Es decir, no corresponden a la hipoteca sobre la hipoteca.**

cepción de los “*principios*”, en la determinación concreta de la verdad en los dichos y los hechos que se percibían ante la verdad.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1495/2024



## ¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. La teoría de los derechos sobre derechos fue propuesta por primera vez por Duroi en 1823, y consiste en considerar que el derecho de propiedad puede tener por objeto tanto las cosas como los demás derechos.

2. Existen varios ejemplos de situaciones jurídicas en las que se configuran derechos sobre derechos, como la hipoteca, el usufructo, la cesión de derechos, la donación y la prenda de créditos.

3. Los derechos sobre derechos presentan dificultades para su clasificación, su interpretación y su regulación, y requieren de una categoría lógica que los agrupe y facilite su comprensión.

4. El derecho sucesorio es una disciplina que está vinculada con la organización de la familia y la transmisión de la propiedad; y en ella se dan numerosas figuras de derechos sobre derechos, como las disposiciones testamentarias, los legados, las donaciones y las cesiones de derechos hereditarios.

5. La teoría de los derechos sobre derechos no es una creación caprichosa ni un producto de la dogmática autoral, sino que responde a necesidades pragmáticas, pues por su medio se pueden explicar realidades patrimoniales de indudable trascendencia económica, cuya normativa se impone.

## ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

Los derechos sobre derechos, es decir, la posibilidad de que el objeto de un derecho subjetivo sea otro derecho subjetivo y no una cosa o un bien. El autor repasa los orígenes históricos y doctrinales de esta teoría, que fue formulada por primera vez por Duroi en 1823, y que luego fue aceptada por Windscheid en la traducción del *Diritto delle Pandette*. También analiza diversos supuestos de derechos sobre derechos que se presentan en el ordenamiento jurídico argentino, como la hipoteca, el usufructo, la cesión de derechos, la donación, la prenda sobre créditos y el régimen sucesorio. Concluye que la figura de los derechos sobre derechos no es una creación caprichosa ni un producto de la dogmática autoral, sino que responde a necesidades pragmáticas y a realidades patrimoniales de indudable trascendencia económica, cuya regulación sistemática se impone.

## ¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Parte General de los Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación](#)

Se trata de un artículo de Gabriel B. Ventura con un análisis exegético de los artículos 1882 a 1894.

[El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado de una herencia en el Código Civil](#)

Se trata de un artículo de Anahí Carrascosa de Granata sobre el objeto del contrato de derechos hereditarios.

B) En segundo lugar, caben citar los derechos conjugados que son aquellos que resultan reunidos o aunados, y forman la propiedad plena, cuya evidencia notable se da en el usufructo y la nuda propiedad.

Esta figura no es sencilla y es motivo de distintas apreciaciones, incluso que trascienden la propia regulación del derecho real de usufructo. Así, este puede resultar de un contrato a título gratuito, en cuyo caso se aplicarían en subsidio las disposiciones sobre la donación, surgiendo tres clases de supuestos: el propietario enajena la nuda propiedad y se reserva el uso y goce; el propietario enajena el uso y goce y se reserva la nuda propiedad y, finalmente, el propietario enajena a una persona la nuda propiedad y a otra el uso y goce.

Cabe la alternativa de que el usufructo provenga de un acto de última voluntad y entonces las modalidades así resultan: el testador lega el uso y goce, reservando al heredero la nuda propiedad; el testador lega la nuda propiedad al legatario y reserva al heredero el uso y goce, y, por último, el testador lega a una persona la nuda propiedad y a otra el uso y goce.

Estos matices no soslayan que, entre otros, ciertos bienes están excluidos de la configuración del derecho real de usufructo y por ende, de la génesis de “derechos sobre derechos”. Así, están excluidos, los derechos reales de disfrute o aprovechamiento, tal como el usufructo, el uso y la habitación, hipoteca y anticresis, separados de los créditos garantizados por ellos (3), servidumbres reales activas separadas de los inmuebles a los que fueran inherentes y los créditos intransmisibles.

Pueden constituir usufructo el propietario, el condómino, titular de un derecho de propiedad horizontal y el superficiario.

El usufructo sobre créditos, contemplado en el Código de Vélez, no ha sido legislado en el Código actual y su aplicación no está prohibida.

Subsiste el usufructo de acciones y de cuotas de sociedad prevista en el régimen respectivo.

Por último, y como cierre de esta figura, se dirá que la relación jurídica entre usufructuario es de índole tan compleja que permite la coexistencia duradera de los derechos reales que corresponden a dichos titulares, pero de tal situación, por la misma razón de su complejidad y duración, pueden derivar relaciones personales o de crédito, como en el caso de que el usufructuario hubiere pagado las contribuciones que durante el usufructo se hubieren impuesto sobre el capital.

C) Un ejemplo particular del tema central se presenta con la cesión de derechos que consiste en la transmisión de una determinada facultad jurídica de un sujeto a otro. Se trata de una transferencia entre vivos y a título particular. Sin embargo, como se trata del traslado de un derecho de un sujeto que se desprende del mismo, hacia otro que lo recibe y adquiere, *stricto sensu*, el título de la exposición quedaría superado. Sin embargo, la cesión en garantía y la cesión de un crédito prendario, en cuanto especies de la cesión de derechos, asignan vigencia al título que tratamos. El primero, cesión en garantía, previsto en el art. 1615 Cód. Civ. y Com., resulta un tipo de negocio fiduciario que conlleva una transmisión impropia, pues si bien se traslada el derecho, las finalidades aparecen condicionadas por otras relaciones jurídicas económicas que vinculan a las partes.

Con relación a la *cesión en garantía* calificadas opiniones sostienen, por un lado, que la figura debe considerarse como una prenda de créditos, pues la cesión de créditos es un vehículo para la transmisión de créditos sin una causa objetiva típica más allá de esa atribución patrimonial de transmisión (4). Otra, posición entiende que es un típico negocio fiduciario, entendiéndose por tal la modificación subjetiva en la relación preexistente, que consiste en la transmisión plena de dominio u otro derecho, efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía —que por sí mismos no exigirán la transmisión— con el surgimiento simultáneo de una obligación de adquirente de restituir el derecho al transmitente, o transferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad (5).

En cuanto a la cesión de crédito prendario, prevista en el art. 1625 Cód. cit., se dice: “la cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario”.

Se trata en el caso de la transferencia de un crédito que esta reforzado por un derecho real de prenda de una cosa material.

Una hipótesis particular es el de la cesión de derechos hereditarios. Ello así, pues de una prohibición, se pasa a una permisón con un matiz particular.

En primer término está prohibido contratar sobre herencias futuras y por ello mismo se prohíbe también ceder las “esperanzas de sucesión”. Pero nada impide que, una vez abierta la sucesión por fallecimiento los bienes de los herederos resulten enajenados total o parcialmente en favor de otra persona que puede ser otro de los herederos, o un tercero extraño. Esa enajenación total o parcial de los derechos del heredero es llamada “venta de derechos sucesorios” o “venta de herencia”. Y debe efectuarse estando “deferida” la sucesión —abierta—, pues si no estuviera en dicho estado, se estaría disponiendo de bienes ajenos.

Un interrogante en materia de “derechos sobre derechos” es el alcance de la transmisión de los derechos hereditarios del cedente al cesionario.

La transferencia, como decía Mourlon, comprende el activo y el pasivo, los bienes y las deudas del causante “*emolumentum et onus*”. Se trata de una universalidad de hecho comprensiva del activo y pasivo del difunto, de todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Por efecto de la cesión, el cedente no solo contrae la obligación de reembolsar al cesionario los créditos del difunto que haya cobrado, los frutos que haya percibido, y el precio de los bienes hereditarios que hubiere vendido, sino que también debe pagarle al cesionario lo que él debía personalmente al causante de la sucesión.

Otro efecto de la cesión de herencia entre las partes contratantes es la obligación de garantía de evicción que el heredero cedente debe al cesionario.

El cedente le garantiza al cesionario su calidad de heredero; es decir, le asegura y le responde de que él, cedente, tienen legítimo título de heredero, vocación hereditaria: que es llamado por la ley o por el testador a suceder en los bienes del causante, y que le transfiere por la cesión la totalidad o parte de los derechos que emergen de esa calidad de heredero. No le asegura la extensión o el

valor, ni la definitiva efectividad de los derechos que le cede total o parcialmente sobre la universalidad de la herencia.

Esa “garantía de derecho” no opera cuando los derechos hereditarios total o parcialmente cedidos son “litigiosos o dudosos”, pues en tal caso es evidente el carácter aleatorio de la cesión, que se hace supeditada al álea “de que llegare a existir herencia”. En tal caso, el cedente sólo cede o transfiere su “pretensión” a una herencia o parte de ésta, y tal pretensión se entiende subordinada a la eventualidad de que resulte infundada y de que, por existir otras personas con mejor título, sea rechazada judicialmente su pretensión de suceder al causante como heredero.

De más está decir que el cesionario debe cumplir la contraprestación convenida, en particular si fuere realizada a título oneroso, es decir, por un precio en dinero, o por permuta o trueque con otro derecho u otra cosa, constituirá un efecto tan importante como la transferencia de derechos del cedente al cesionario, el cumplimiento por parte de este último, de la contra prestación o contra partida a que se obligó.

En segundo lugar, una situación particular, se presenta con la “cesión de un legado” que no debe confundirse con la cesión de derechos hereditarios, pues el legado es una deuda a cargo de la sucesión o de los herederos y el legatario es un acreedor de los herederos contra quienes tiene una acción personal.

D) La *donación* en cuanto es en principio un contrato unilateral, de atribución gratuita tiene distintos contenidos y matices que le asignan un perfil particular específicamente cuando se trata de “derechos sobre derechos”. En tal sentido puede consistir no solo en la obligación de transmitir el dominio que soporta un gravamen hipotecario, sino también en pagar la deuda hipotecaria del donante o de un tercero, obligación de transmitir a título gratuito determinados derechos reales (condominio y derechos reales de disfrute); la renuncia a una herencia o legado por propósito de beneficiar a otro y la prestación dineraria en beneficio del donatario sea de orden periódico o en una prestación vitalicia. Así, también la asunción de deuda de un cierto donatario, o a efectuar la renuncia a un derecho patrimonial en favor de otro, el donatario.

Las consideraciones precedentes; resultan no obstante lineales. Cabe anexar una alternativa que la modalidad resulta un cauce de prestaciones y contraprestaciones donde los “derechos sobre derechos”, sobresalen: por caso, la donación con cargo que pueden referirse al destino a asignar al bien donado o bien resulta al destino a dar al bien donado o es una prestación que impone el donante al donatario, y este, al aceptar la donación, acepta por consiguiente el cargo.

Asimismo, la cesión gratuita, conocida como “cesión donación”, plantea algún supuesto de interés en la hipótesis de la garantía de evicción, en particular en el tema central —derechos sobre derechos— pues la garantía existe en casos limitados y de un modo genérico, si se hubiere acordado (art. 1556 inc. a).

O bien, si el donante obró de mala fe, sabiendo el donante que el donatario era un insolvente pues el fraude todo lo corrompe, e inclusive, en el caso paradójico de que el donante asuma la obligación de cancelar la deuda hipotecaria que grava el bien donado, de manera que el donatario que pagó la

deuda hipotecaria queda subrogado frente al donante en los derechos del hipotecario.

E) *Prenda sobre créditos*. Esta figura está legislada en el Código unificado, a partir del art. 2232 al decir: “que los créditos instrumentados son el objeto de la figura y la prenda del crédito es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido”.

La prenda se constituye, aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque este no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado”.

Hasta aquí una breve referencia de la concepción legal del instituto.

En rigor, el objeto del contrato de prenda es un derecho personal, un crédito, es decir, una obligación en su faz activa.

Para ser objeto de la garantía, el crédito debe encontrarse en el comercio y resultar transmisible. Y puede constituirse sobre toda especie de crédito, aun los eventuales.

Los demás matices de la viabilidad de la figura están contemplados en la respectiva normativa.

Conceptualmente, la prenda es un derecho real, formal y accesorio. Lo primero —derecho real—, pues presta un servicio de garantía y la accesoriedad está configurada por otro derecho al que asegura.

Lo relativo a la prenda de derechos, en cuanto “derecho sobre derecho”, mucho antes de nuestra legislación unificada, suscitó distintas teorías.

Para citar algunas, se dirá que una de ellas, distingue la prenda de cosas prendadas de la llamada prenda de derechos; otra, que postula la unidad jurídica de la prenda, y, por último, la posición que reconoce cierta unidad jurídica en la noción de *prenda*, a raíz de las anomalías observadas en la pignoración de derechos. En este último aspecto, lo relativo del derecho real no puede extenderse fuera o más allá de este término y entonces resulta difícil entender cómo se puede constituir un derecho real que nace de una obligación.

En suma: para nuestro propósito, interesa el carácter de la *prenda de créditos* que no es más que una de las tantas modalidades de la prenda de derechos.

F) *Régimen sucesorio*. Es en la disciplina hereditaria, donde la figura que motiva esta comunicación adquiere real significación y resultan sumamente claras y comprensibles las traslaciones de derechos o dichos, en otros términos: el gráfico de las figuras. Lo antes expuesto tiene nitidez en el testamento que, en cuanto acto jurídico unilateral de disposición patrimonial, contiene, asimismo, estipulaciones extrapatrimoniales.

El derecho sucesorio —ha dicho Roca Sastre (6)— está íntimamente vinculado con la organización de la familia, en cuanto tiene por objeto regular el destino de un patrimonio. Al decir de Radbruch (7) es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte, pues la familia no es solo un centro de relaciones personales entre parientes.

De lo dicho se infiere que lo determinante en la transferencia o transmisión de la propiedad es la muerte de un ser humano; luego, la transmisión de calidades, deberes y prerrogativas es además la pertenencia del causante.

Adquirir derivativamente no es un sub-entrar en una posición abandonada por otro,

(3) Art. 2130 y ss. Cód. Civ. y Com.

(4) RIVERA, Julio C., “Cesión de créditos en garantía”, LA LEY, 1991-C, 869.

(5) GUSTAVINO, Elías P., “La transmisión de créditos en garantía”, JA 1973-18-497.

(6) ROCA SASTRE, R.M., “Naturaleza Jurídica de la le-

gitima”, *Revista de Derecho Privado*, XXVIII, 1994.

(7) RADBRUCH, Gustav, “Filosofía del Derecho”, Madrid, 1952, 3ª ed., p. 206, ap. 21 y ss.

*succedere in locum*, sino recibir una cosa de mano de otro, *remacipiere*.

Una figura jurídica como el derecho hereditario contiene estructuras que posibilitan visualizar su integridad institucional: elementos personales: su titular, que es el sucesor, y más allá el resto de la sociedad, obligado a respetar y reconocer esa cualidad y derecho en el heredero; sin embargo, no se olvide que el derecho hereditario es el vehículo a la transmisión de bienes y derechos *mortis causa*, por lo cual cabe su consideración como modo derivativo de adquirir, y ya en este concepto es forzoso tener en cuenta las dos personas entre las que se da este modo: la persona del transmitente y la del transmisario.

En otro orden ideas es rigurosamente exacto que la impropiedad del lenguaje, su hermetismo, su ambigüedad, su insuficiencia, comprometen la certeza del derecho y el vigor de la ley. Es verdad, sin embargo, que entre los hombres de derecho muchas veces existen confusiones que provienen de no haber indagado y precisado previamente el sentido con el que se utilizan o deben utilizarse las palabras.

En primer lugar, en la batalla de los conceptos, el criterio diferencial entre sucesión a título universal —herencia— y/o sucesión a título particular —legado— es un tema en el derecho sucesorio.

El distingo de la sucesión universal, en contraposición con la sucesión particular, reside en el objeto: esta última es una sucesión en derechos singulares; la primera

consiste en un patrimonio en su totalidad: *universitas juris*.

El legatario, aunque suceda en todos los bienes de la herencia, no *sub - entra* nunca en el *universitas juris*: la diferencia entre heredero y legatario reside en la voluntad formalmente manifestada del causante, y no puede ser afectada por la calidad o cantidad de las cosas recibidas por uno y otro.

Por último, el legatario particular no integra la comunidad hereditaria y bien puede haber sido repartida en legados particulares y no hay entre ellos más que un derecho particular a bienes singularmente determinados, cuya entrega o bien deben solicitar o resultan entregados por el albacea, si lo hubiere.

Además, en la materia de “derechos sobre derechos”, en la esfera sucesoria, existen las disposiciones testamentarias con cargo, en virtud del cual el testador —causante— limita o restringe su liberalidad, imponiendo al heredero o legatario que lo recibe ciertas obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, también conocidos como modos.

En una mirada del testamento, pueden considerarse distintos enfoques de “derechos sobre derechos”: en primer término: disposiciones extrapatrimoniales, tales como el acto de filiación extramatrimonial (art. 571 inc. c, Cód. Civ. y Com.) o bien cláusulas patrimoniales indirectas sobre los bienes (caso de cláusula de dispensa de colación o mejora, art. 2385) o bien directas (partición por testamento, art. 2421).

Como se puede advertir, el derecho al olvido apunta, entonces, a que el paso del tiempo ha provocado que el dato digital que fuera publicado carezca de interés público actual (aunque, debe aclararse, la circunstancia de que se trate de un hecho del pasado no implica de ninguna manera que no pueda guardar un interés público actual) o se haya tornado irrelevante y, a la par, esté afectando un derecho personalísimo de quien reclama.

Por lo tanto, el derecho al olvido digital es una prerrogativa que se le da a un individuo para solicitar a los motores de búsqueda, que eliminen o bloqueen una información o dato personal, por considerar que afecta un derecho personalísimo propio, de modo tal que sin borrar la información (por ello, muchas veces se dice que lo que se procura es *desindexar* esa información), ella no resulte accesible cada vez que se introduce en el buscador el nombre de la persona que protagonizó la información (4). Si bien suprimir la información no es exactamente igual a su desindexación, sus efectos son muy similares (5).

Es necesario resaltar que, conforme surge de la noción dada, el derecho al olvido apunta a cualquier dato personal, sin importar la forma en que fue recabado, y no solamente a aquellos datos comprendidos en los términos de la ley 25.326. Esto me permite afirmar que, dejando a un lado el estrecho campo de acción de esta última ley

nalísimos y las nuevas tecnologías”, TR LALEY AR/DOC/2704/2022, nº 6.

(4) Conf. FORNARI, María Julia, “El derecho al olvido digital como tutela de los derechos personalísimos”, ponencia presentada en las *XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, <https://www.jornadas-nacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general>.

(5) Conf. LAPLACETTE, Carlos José, “Derecho al olvido, memoria selectiva y ocultamiento de información pública”, ED del día 15/03/2022, nº 2.2, ED-MMDCCI-1177.

#### IV. Conclusiones

Estas breves consideraciones, que en modo alguno pretenden agotar el tema, nos han llevado muchas horas de reflexión, y buscando de antecedentes repensando si no de ambulábamos en una formulación sin mayor rigor. Entendimos que planteábamos una inquietud que, si en el siglo XIX suscitó opiniones respetables, bien vale darles actualidad.

**Todo esto nos indica que la figura de “derechos sobre derechos” no es una creación caprichosa ni un producto de la dogmática autoral desocupada de otras cuestiones, sino que responde a necesidades, si no del todo prácticas, sí al menos pragmáticas, pues mediante ella se puede explicar toda una serie de situaciones jurídicas que tienen por objeto un derecho y que responden a realidades patrimoniales de indudable trascendencia económica, cuya regulación sistemática se impone.**

**Queda sentado que sea cualquiera el camino que en el tema se adopte para captar el carácter de los “derechos sobre derechos”, se llegará siempre al mismo fin, o sea, a reconocer su necesidad, lo que nos demuestra la índole interesante de la formulación.**

Es que para captar de manera adecuada el concepto de “derechos sobre derechos”, corresponde tener en cuenta que, tanto el concepto de “relación jurídica” como el de “objeto del derecho” son categorías lógicas, no materiales, y sí formalmente determinadas.

(en esencia, los datos de carácter económico y crediticio), el derecho al olvido no está regulado en el derecho argentino, lo que no implica que no se lo pueda reconocer en supuestos que no involucren datos o información de personalidades públicas, y/o temas de interés público.

Se ha sostenido, incluso, que se trata de un derecho constitucional implícito, conforme lo establecido por el art. 33 de la CN, y con fundamento en el reconocimiento explícito de la acción de *habeas data*, el principio de progresividad de los derechos humanos y la analogía con los principios generales del derecho en el derecho internacional público (6). Sin embargo, ello debe ser necesariamente valorado junto con el interés público, social o cultural, que representa la información, pues cuanto mayor sea ese interés, menor será el rango de acción en su restricción o retiro (7), máxime que cabe considerar que quien ostenta calidad pública tiene mayores posibilidades de acceder a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones (8).

#### III. Antecedentes

**Si bien el derecho al olvido había sido reconocido en Francia a favor de los criminales convictos que habían cumplido su condena (9), sin duda fue el caso “Costeja” resuelto por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el día 13 de**

(6) MANILI, Pablo Luis, “El derecho al olvido. ¿Derecho constitucional implícito?”, ED del 10/05/2022, ED-MMCMXXIX-767, nº III.

(7) Conf. MARANIELLO, “Derecho al olvido...”, La Ley diario del día 19/08/2022, TR LALEY AR/DOC/2452/2022, nº II.2.

(8) Conf. DEL CARRIL (h.), Enrique, “¿Hacia un derecho al olvido argentino? Reflexiones previas al caso “Denegri”, ED del día 15/3/22, nº 2.2, ED-MMDCCIII-176.

(9) Conf. GOLDMAN, María Verónica, “Análisis del derecho al olvido en la jurisprudencia argentina y en España”, ED 15/06/2023, ED-MVDCXXXVIII-509, nº 2.1

Y, en segundo lugar, que todo concepto que tienda a aclarar y a sintetizar ideas agrupando figuras totalmente diseminadas en una categoría sistemática, atendiendo a sus caracteres comunes, tiene una gran utilidad, puesto que facilita la comprensión de las materias y contribuye a una más perfecta inteligencia de estas.

De todo lo expuesto, se deduce la serie de arduos problemas que para la sistemática general nos ofrece este casuismo en la regulación de figuras jurídicas, en las que, si las analizamos detenidamente, podemos apreciar perfectamente la gran cantidad de puntos de contacto entre ellos.

*Adenda:* Concluida mi comunicación y en el posterior intercambio de ideas con los Académicos presentes, recordé que dos ilustres juristas nacionales realizaron dos magníficas investigaciones ambas premiadas que contribuyen a mi exposición. El primera fue Roberto E. Greco, ilustre vocal de la Cámara Civil de Capital Federal y profesor titular de Derecho Civil II (obligaciones) en la UBA y en la de Derecho de La Plata que elaboró su tesis doctoral “Enajenación de cosa hipotecada”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967. Y Jorge Horacio Alterini, renombrado jurista, colega académico, exjuez de Cámara, autor y renombrado docente, que realizó una destacada obra: “Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias”, publicada en *Revista del Notariado*, N° 726, Buenos Aires, noviembre - diciembre de 1972.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1496/2024

## Alejandro Borda (\*)

Viene de p. 1

### II. Noción del llamado “Derecho al olvido”

**El llamado “derecho al olvido” (1) ha sido definido como la prerrogativa que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público (2).**

Se trata de una respuesta a la indeteriorable memoria de Internet que, a diferencia de la memoria humana, todo lo retiene y lo vuelve en la red, quedando allí para siempre (3). Este recuerdo perenne —que se ve potenciado a raíz de la ausencia de límites geográficos en la web— puede ser, a la vez, bueno y perjudicial.

Lo que procura el derecho al olvido es suprimir aquellos datos obsoletos, en consideración al lapso transcurrido desde que ocurrió el hecho, que pueden estar afectando a determinada persona. O, con otras palabras, borrar o cancelar datos personales que circulan en la red (sin importar si se ha consentido su publicación en su momento), cuando ellos han dejado de ser útiles para el fin que se tuvo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Comunicación del académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 25 de abril de 2024.

(1) La figura es conocida en el derecho francés como *droit à l’oubli*, en el italiano como *diritto all’oblio*, y en el inglés como *right to oblivion*.

(2) MARANIELLO, Patricio, “Derecho al olvido. A propósito del caso “Denegri” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LA LEY diario del día 19/08/2022, TR LALEY AR/DOC/2452/2022, nº II.4.

(3) Conf. CROVI, Luis Daniel, “Los derechos perso-



### ¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. El *derecho al olvido* es la prerrogativa que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público.

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció el derecho al olvido en el caso “Costeja”, en el que un ciudadano español solicitó a Google que eliminara los enlaces a dos anuncios oficiales publicados 16 años atrás en un diario, que afectaban su reputación.

3. El derecho al olvido implica una tensión entre el derecho a la libertad de expresión e información, que abarca el derecho de transmitir y buscar información a través de Internet, y los derechos personalísimos al honor y a la intimidad, que protegen la dignidad y la esfera privada de las personas.

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el pedido de una persona pública que solicitó la desindexación de ciertos sitios *web* que contenían información veraz sobre su participación en un caso de interés público, al considerar que la libertad de expresión goza de una protección más intensa en estos supuestos y que el derecho al olvido no puede afectar la memoria social ni la historia.

5. Es necesario regular el derecho al olvido, de modo que se pueda facilitar la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, debiendo otorgarse una mayor protec-

## Continuación del A.I. de p. 5

ción al honor y a la intimidad cuando se trate de personas que no son públicas ni los temas sean de verdadero interés público y la información desactualizada los afecta

## ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

El derecho al olvido, que es la prerrogativa que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, salvo que en el caso concreto prevalezca un interés público. El autor revisa el antecedente del caso “Costeja”, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que reconoció el derecho al olvido a favor de un ciudadano español que solicitó a Google que eliminara los enlaces a dos anuncios oficiales publicados 16 años atrás en un diario, que afectaban su reputación. Asimismo, examina el fallo “Denegri” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que rechazó el pedido de una persona pública que solicitó la desindexación de ciertos sitios web que contenían información veraz sobre su participación en un caso de interés público, al considerar que la libertad de expresión goza de una protección más intensa en estos supuestos, y donde el derecho al olvido no puede afectar la memoria social ni la historia. Finalmente, sostiene que es necesario regular el derecho al olvido, de modo que se pueda facilitar la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, debiéndose otorgar una mayor protección al honor y a la intimidad cuando se trate de personas que no son públicas ni los temas sean de verdadero interés público y la información desactualizada los afecta

## ¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria

Se trata de un artículo de Laura Silberleib sobre la actual sociedad de la información y las telecomunicaciones.

## ¿Qué es el Derecho al olvido?

Se trata de un artículo de nic.ar sobre el concepto Derecho al olvido.

mayo de 2014 (10) el que lo puso sobre el tapete (11).

Aunque conocido este proceso, conviene recordar sus aspectos principales. La cuestión que afectaba al Sr. Costeja era la siguiente: Cuando se colocaba su nombre

en el buscador de Google, inmediatamente aparecían enlaces a dos anuncios oficiales, publicados 16 años atrás en el diario *La Vanguardia*, de Barcelona (España), relativos a la subasta de inmuebles del propio Costeja por deudas con la seguridad social. Esto es lo que llevó al afectado a pedir que se elimine de la lista de resultados del buscador esos enlaces.

El Tribunal hizo lugar al pedido, pues consideró que era pertinente suprimir los contenidos que dejaron de ser actuales, a la luz de la normativa existente en aquel momento. En tal sentido, sostuvo que el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida a partir del nombre de una persona, los vínculos a páginas web publicadas por terceros, que contengan información relativa a esta persona, incluso en el supuesto de que el nombre o la información no se borre previa o simultáneamente de esas páginas web, y aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita. Añadió que el derecho del afectado podría prevalecer, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés que pudiera tener el público en acceder a la mencionada información. Sin embargo, ese derecho debe ceder si, por el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, la injerencia en sus derechos fundamentales esté justificada por el interés preponderante del público en tener acceso a la información de que se trate.

No está de más señalar que el Reglamento General de Protección de Datos Personales 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, que entró en vigor en el año 2018, incorporó el derecho al olvido (12), entre una serie de principios generales a los que debe sujetarse el tratamiento de datos personales, como los de licitud, exactitud y confidencialidad.

## IV. Los derechos constitucionales en pugna

Sin mayor esfuerzo se puede advertir que entran en pugna ciertos derechos de rango constitucional. Por un lado, el derecho a la libertad de expresión e información (art. 14, CN); por el otro, los derechos personalísimos al honor y a la intimidad, consustanciales de la persona humana (ampliamente reconocidos en los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, art. 67, inc. 22, CN).

La libertad de expresión ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales, no solo por su importancia en lo que hace al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento, sino también para el fun-

cionamiento de una república democrática y para el ejercicio del autogobierno colectivo del modo establecido por nuestra Constitución (13).

Ha sostenido también, con fundamento en los arts. 1º de la ley 26.032, 14 de la CN y 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (14), que esta libertad comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de internet, herramienta que se ha convertido en un gran foro público por las facilidades que brinda para acceder a información y para expresar datos, ideas y opiniones (15).

Ahora, bien, ingresando en el campo de la transmisión de ideas, hechos y opiniones a través de internet, fácil es advertir la importancia del papel que desempeñan los motores de búsqueda en tanto cumplen un rol esencial dentro de la libertad de expresión, pues potencian el ejercicio de su dimensión social (16). Por ello, la propia Corte ha afirmado que una eventual decisión judicial de desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado implicaría una limitación que interrumpiría o dificultaría sobremanera el proceso comunicacional y configuraría una medida extrema que, en definitiva, importa una grave restricción a la circulación de información de interés público y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad (17).

Agreguemos a estos sólidos argumentos que la ley 26.032 dispone que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del Servicio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (18).

Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y por ello la Corte Federal también ha manifestado que el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio” (19). Precisamente, uno de los límites que existe sobre el derecho a la libertad de expresión es el que se configura por el necesario respeto a la intimidad y al honor de las personas (20).

El honor es, siguiendo la clásica enseñanza de Adriano De Cupis, la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma. Comprende tanto el honor propiamente dicho u honor objetivo y la honra u honor subjetivo. El primero es la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto; el segundo es la autovaloración o el aprecio de la propia dignidad (21).

Por su parte, el derecho a la intimidad es, con palabras de Cifuentes, el derecho que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos (22).

Ahora bien, sin dejar de tener en cuenta lo expresado, es importante destacar que esta protección a la vida privada no tiene la misma intensidad en todos los casos, pues existen ocasiones en las que hay un interés legítimo en conocer aspectos de la vida de ciertas personas (como es el caso de la vida de los funcionarios públicos) o tales aspectos privados de la vida son revelados por los mismos interesados (como suele suceder con los artistas) o forman parte de sucesos de indudable interés público. Empero, si bien en estos casos existe una disminución de la esfera de privacidad, ello no importa su desaparición, pues siempre subsiste un campo de intimidad protegida (23).

Se trata, entonces, de ponderar los derechos que se encuentran en conflicto y determinar cuál de ellos debe prevalecer y en qué medida.

## V. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el fallo “Denegri”

Planteada la cuestión de los derechos constitucionales en tensión, veamos lo sucedido en el fallo “Denegri” (24).

Recordemos el caso.

La Sra. Natalia Denegri había estado vinculada, más de 20 años atrás, en lo que se denominó el caso “Coppola”, que involucró a diferentes personajes del deporte y de la vida pública argentina, y que concluyó con la destitución y condena penal de un juez federal. A raíz de ese caso, Denegri había intervenido en programas de televisión y noticias periodísticas, que ahora la avergonzaban, ya que formaba parte de un pasado que no deseaba recordar. Por ello, demandó a Google Inc. con el objeto de que se le ordene suprimir ciertos sitios web en los que se exponía información suya y videos de los programas de televisión relativos a ese caso, y que podían obtenerse mediante el simple ingreso de su nombre en el motor de búsqueda de la demandada. Añadió que la información aludida —además de ser antigua, irrelevante e innecesaria— le ocasionaba serios perjuicios al referirse a hechos periodísticos ocurridos en el pasado vinculados a una causa penal que había perdido interés público, si bien reconocía que se trataba de información real sobre hechos de los que formó parte y en los que se vio involucrada. Sostuvo que la referida información afectaba en forma grave su vida actual personal, profesional, laboral y familiar, lesionando su intimidad, su pri-

oralmente por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

(15) CS, 28/06/2022, “Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s/derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, Fallos 345:482.

(16) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/daños y perjuicios”, Fallos 337:1174, entre otros.

(17) CS, 28/10/2014, “Rodríguez”, Fallos 337:1174, entre otros.

(18) También Gelli remarca esta disposición (GELLI, María Angélica, “Pasado y presente en el derecho a la información por internet. Las incógnitas de los algoritmos”, LA LEY diario del día 5/09/2022, TR LALEY AR/DOC/2603/2022, n° III.2).

(19) CS, 22/12/2020, “Pando de Mercado”, Fallos 343:2211, entre otros.

(20) NAVARRO FLORIA, Juan G., “Los derechos personalísimos”, El Derecho, 2016, p. 140.

(21) Conf. CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, n° 92, Astrea, 2ª edición.

(22) CIFUENTES, “Derechos personalísimos”, n° 109.

(23) NAVARRO FLORIA, “Los derechos personalísimos”, p. 158.

(24) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482.

mos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al art. 21, apart. 2;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f) Los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información mencionados en el art. 8, apart. 1” (es decir, dirigida a niños).

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apart. 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e

información;

b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, de conformidad con el art. 9, apart. 2, letras h) e i), y apart. 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el art. 89, apart. 1, en la medida que el derecho indicado en el apart. 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de dicho tratamiento, o e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

(13) CS, 22/12/2020, “Pando de Mercado, María Cecilia c. Gente Grossa SRL s/daños y perjuicios”, Fallos 343:2211, entre otros.

(14) “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea



vacidad, su honor y su reputación y la de su familia, aunque reconoció que continuaba siendo una persona pública, empresaria de medios, conductora de programas de televisión y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional.

El reclamo planteado por Natalia Denegri reiteraba cuestiones ya tratadas por el más Alto Tribunal en los casos “Rodríguez” (25), “Gimbutas” (26) y “Mazza” (27), en lo que respecta al pedido de supresión de sitios *web* en los que se exponía información sobre hechos que le concernían, pero introdujo como fundamento nuevo el denominado *derecho al olvido*, esto es, el derecho a cancelar la información o, al menos, dificultar el acceso sencillo a esos contenidos (28).

Con claridad, la Corte Suprema estableció que la cuestión en debate se centra en determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público tiene un “derecho al olvido” por el cual pueda solicitar “que se desvincule su nombre de determinados contenidos que la involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que, a su criterio, resultan inapropiados a la autopercepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad; o si, por el contrario, la medida de desindexación de información ordenada —tendiente a hacer cesar la continuación del daño que alega— restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva” (29).

Es claro que la desindexación pretendida por Denegri procuraba hacer prevalecer los datos actuales de ella sobre aquellos otros que la perturbaban (30). Constituye un intento, como ha remarcado Gelli, de modelar su pasado para construir su presente sin aquellos episodios que la avergonzaban, suprimir en la memoria del público sucesos que quería borrar, porque desentonaban con la autopercepción que tenía en la actualidad y que quería que los demás compartieran (31). Pero frente a ello, la Corte Suprema volvió a reiterar su anterior postura respecto de que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad (32), lo que implica que quien pretenda tal limitación deberá probar la necesidad de que se la establezca.

Es importante insistir sobre esto. La información cuestionada por Denegri no era difa-

matoria, inexacta o falsa, sino que era veraz, formaba parte de una etapa de su vida pública y se vinculaba con su intervención en hechos que tienen indudable interés público (33). Más aun, la propia actora intervino voluntariamente en esos programas televisivos cuya existencia en el mundo digital ahora cuestiona.

Por ello, evitando incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal llamado a ponderarlas (34), la Corte Federal dispuso que en los casos en que existe tensión entre el derecho al honor y la protección de la libertad de expresión, esta última goza de una protección más intensa cuando se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público por el prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o materias de interés público como garantía esencial del sistema republicano (35).

## VI. Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

En el mes de septiembre de 2022, se reunieron los profesores de derecho civil de todo el país, en la ciudad de Mendoza, en el marco de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La Comisión nº 1 (Parte General), que me tocó presidir junto con la Dra. Sandra M. Wierzbza y el Dr. Edgardo I. Saux, se avocó a los “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías”.

Uno de los temas tratados fue justamente el del derecho al olvido. La Comisión no lo llegó a definir (36), sino que se limitó a decir que implica la supresión del dato personal o su desindexación, según el requerimiento que se haga (37).

Asimismo, hubo consenso en que el derecho al olvido debe ser regulado en forma específica (38), debiendo procurarse un balance entre los derechos personalísimos del afectado, por un lado, y la libertad de expresión y la memoria histórica por el otro (39). Y hubo, finalmente, un párrafo especial para los niños, niñas y adolescentes, pues se requirió que cuando se trate de ellos, el estándar exigido para invocar el derecho al olvido debe ser más amplio (40).

Dejando a un lado este último tema, al cual me he abocado en un trabajo que está en prensa (41), quiero detenerme en la ne-

cesidad de regular de manera específica el derecho al olvido.

Es necesario recordar que no existe, en nuestro país una norma de alcance general que consagre el derecho al olvido acerca de informaciones sobre contenidos lícitos. Si existen regulaciones legales en materia crediticia y penal (42). Con ellas se ha procurado evitar que una persona quede marcada definitivamente por su pasado como deudor o por cuestiones penales, que le impidan recuperar su crédito, en el primer caso, o insertarse nuevamente en la vida social, en el segundo. Es que, como decía Bidart Campos, usamos la memoria para mantener vivos los recuerdos sobre muchas cosas malas de los demás, a quienes les negamos el derecho al olvido y a la rehabilitación, cuando la dignidad del hombre exige que se le brinde la oportunidad de enmienda, de cambio, de recuperación moral (43), a lo que Basterra añade que debe permitirse al titular del dato que no quede estigmatizado por su pasado (44).

Sin embargo, no es posible obviar que hay voces que cuestionan estos argumentos. Es efecto, así se ha dicho, en materia crediticia, que el derecho al olvido permite agilizar el tráfico comercial, pero conspira contra la necesidad de aumentar la transparencia de las transacciones comerciales y de la influencia que el leal cumplimiento de esas obligaciones tiene sobre los tipos de interés más bajos, fijados para las operaciones de crédito. Y, en algún tipo de delito penal, la aplicación estricta del derecho al olvido podría poner en peligro la seguridad de los habitantes del país (45). Con todo, resulta claro que la morosidad comercial y la comisión de delitos penales no constituyen supuestos asimilables.

Por mi parte, y más allá de las dificultades para anticipar los riesgos que se generan a raíz de la enorme velocidad con la que se producen los cambios en los entornos digitales, entiendo que es necesaria la regulación del derecho al olvido (46). Esta regulación debe tener en cuenta —tal como sostiene la Corte Suprema— la mayor protección que debe otorgarse a la libertad de expresión sobre el derecho al honor cuando se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público (47). Esto responde a la necesidad de resguardar —como garantía esencial del sistema republicano— el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o materias de

interés público (48). Pero lo dicho, a su vez implica una clara variación en el equilibrio protectorio cuando se trate de personas que no son públicas ni los temas sean de verdadero interés público y la información desactualizada afecta a otros derechos propios debidamente acreditados. En este último caso, a mi entender, el consentimiento que, en su momento, haya podido dar el afectado resulta irrelevante, pues existe un bien mayor, como lo es el resguardo de la dignidad de la persona humana.

El mero paso del tiempo de la noticia o información que formó parte de nuestro debate público —cuando se trata de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público— no hace perder ese atributo; y acoger una pretensión de olvidarlos —afirma bien la Corte Federal— pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social, que se nutre de los diferentes hechos de la cultura, aun cuando el pasado se nos refleje como inaceptable y ofensivo para los estándares de la actualidad (49). En esta línea, se ha dicho que la “cristalización” del recuerdo en los registros digitales puede tener efectos benéficos para la sociedad; y este es un aspecto positivo de la Sociedad de la Información (50).

Por otra parte, hasta qué punto resulta razonable establecer un derecho a determinar la propia información lícita que circula en las redes digitales, cuyo fundamento estaría dado por la mera discrecionalidad del individuo más el paso del tiempo. Bien han planteado Borda y Pereyra que ello pondría en crisis la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole dentro de la Internet o por todo otro medio audiovisual y gráfico (51). Y a lo dicho es necesario añadir que deben valorarse las circunstancias del caso en lo que se refiere a los aspectos comerciales que involucran a la parte que reclama en los programas televisivos que ahora cuestiona (52).

Sin embargo, y a pesar de lo que he dicho, si estamos ante un particular que ve afectado sus derechos personalísimos a raíz de un asunto que no involucra el interés público, y que se ha tornado irrelevante como consecuencia del paso del tiempo, no parecen existir razones suficientes para impedir el olvido que se requiere, siempre —desde luego— en un marco de apreciación restrictiva (53). Por ello es que deberá considerarse que una información que carezca de relevancia o sea perjudicial para determinada

(25) CS, 28/10/2014, “Rodríguez”, Fallos 337:1174.

(26) CS, 12/9/2017, “Gimbutas, Carolina Valeria c. Google Inc. s/daños y perjuicios”, Fallos 340:1236.

(27) CS, 24/06/2021, “Mazza, Valeria Raquel c. Yahoo SRL Argentina y otro s/daños y perjuicios”, Fallos 344:1481.

(28) Conf. GELLI, “Pasado y presente...”, La Ley diario del día 5/09/2022, TR LALEY AR/DOC/2603/2022, nº I.

(29) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 6.

(30) Conf. GELLI, “Pasado y presente...”, La Ley diario del día 5/09/2022, TR LALEY AR/DOC/2603/2022, nº III.1.

(31) Conf. GELLI, “Pasado y presente...”, La Ley diario del día 5/09/2022, TR LALEY AR/DOC/2603/2022, nº III.5.

(32) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 11.

(33) Conf. MARANIELLO, “Derecho al olvido...”, La Ley diario del día 19/08/2022, TR LALEY AR/DOC/2452/2022, nº IV.

(34) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 19.

(35) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 17.

(36) En su ponencia, Carlos Vidal afirmó que “El Derecho al Olvido consiste en la facultad, atribución y potestad de una persona humana, con fundamento en la dignidad y en el derecho a la autodeterminación informativa, a requerir y exigir, a los motores de búsqueda de internet,

bajo comunicación directa o a través de autoridad administrativa y/o judicial, la desindexación de información propia, verídica y lícitamente publicada, que carezca de relevancia histórica y/o científica y/o cultural, y de interés público, con pérdida de actualidad, necesidad o pertinencia, después de transcurrido un período de tiempo, mediante la eliminación de todos los enlaces o vínculos, que con su solo nombre, remitan a ella” (VIDAL, Carlos A., “Derecho al olvido. Aproximación y valoración”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, <https://www.jornadasnacionalesderecho-civil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general>).

(37) Recomendación nº 19; voto de mayoría.

(38) Recomendación nº 17; voto de mayoría. Solamente María José Álvarez Tremea y Carlos Vidal afirmaron que no era aconsejable su regulación.

(39) Recomendación 18; voto de mayoría.

(40) Recomendación nº 20; voto de mayoría. Sin perjuicio de lo expresado, se ha destacado la importancia de que los padres y adultos reflexionen con los niños acerca de la dificultad que se presenta para borrar la información que se publica (KRASNOW, Adriana Noemí, “Derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital: ¿qué espacio les cabe a los progenitores?” en *El Derecho Privado en el siglo XXI. Agenda presente y futura. Homenaje a la Prof. Ra. Noemí L. Nicolau*. Dir.: Carlos A. Hernández, Sandra Analía Frustagli y Fulvio Santarelli, La Ley, 2022, t. I, p. 335).

(41) Me refiero “Al impacto de los medios tecnológicos en las personas vulnerables”, que integrará los estudios

en homenaje al Doctor Guillermo A. Borda, impulsados por el Instituto de Derecho Civil de esta Academia.

(42) La ley 25.326 y el Cód. Penal (art. 51). Esta última norma dispone que (e) *registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: 1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales; 2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad; 3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.*

(43) BIDART CAMPOS, Germán J., “¿Derecho al olvido o a la rehabilitación?”, ED, t. 128, p. 875, ED-MMDC-III-180.

(44) BASTERRA, Marcela I., “El caso ‘Denegri’: una oportunidad para que la Corte Suprema de Justicia recepte el derecho al olvido”, ED del 15/03/2022, nº 3, ED-MMDCIII-174.

(45) GELLI, “Pasado y presente...”, La Ley diario del día 5/09/2022, TR LALEY AR/DOC/2603/2022, nº III.5

(46) En un proyecto de ley presentado en el año 2019 se estableció que “Toda persona titular de derechos personalísimos, podrá solicitar la eliminación de determinados vínculos a páginas web, indexados por los proveedores de servicios de búsqueda en Internet, como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, que contengan datos o información verídica, que no sean relevantes, pertinentes o adecuados, o sean excesivos según los fines para los cuales fueron tratados, y que resulten lesivos para el usuario. Dicha eliminación

podrá solicitarse, aún en el supuesto que la información no se borre previa o simultáneamente de las páginas web, y que la publicación en dichas páginas sea lícita. No podrá requerirse la eliminación de resultados que se relacionen con acontecimientos de interés público, o con fines científicos o culturales, en los cuales, el acceso a la información de que se trate esté justificado por un interés jurídico preponderante”.

(47) Por ejemplo, los hechos o acontecimientos vinculados a la salud, o que tengan fines científicos, estadísticos o culturales.

(48) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 18.

(49) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 14.

(50) DEL CARRIL (h.), “¿Hacia un derecho al olvido argentino? ...”, ED del día 15/03/2022, nº 2.3, ED-MMDC-III-176.

(51) BORDA, Guillermo J. - PEREIRA (h.), Carlos R., “La ‘construcción’ jurisprudencial del derecho al olvido. A propósito del caso ‘Denegri’”, ED del día 15/03/2022, nº IV, ED-MMDCIII-175.

(52) Conf. BORDA - PEREIRA (h.), “La ‘construcción’ jurisprudencial del derecho al olvido...”, ED del día 15/03/2022, nº IV, ED-MMDCIII-175.

(53) Sostiene Del Carril (h.) que existen dos hipótesis en las cuales se justifica aplicar el derecho al olvido: en los casos en que la información es palmariamente irrelevante, o cuando existen razones objetivas suficientes, que exceden el interés de la parte [DEL CARRIL (h.),

persona, puede mantener interés público y general, en razón de la materia o de las personas de que se trate, y por tal motivo debe prevalecer (54).

En este punto, es interesante tener presente el documento elaborado por un grupo de expertos y asesores de Google en el año 2015 (55), que distinguía tres situaciones: (i) las personas con un claro papel en la vida pública (políticos, celebridades, líderes religiosos, CEOs, estrellas del deporte o artistas destacados); para las que existe una menor posibilidad de que pueda justificarse la destrucción de su nombre de un enlace, desde que el público tendrá un mayor interés en encontrar información referida a ellos, a través de la búsqueda por su nombre; (ii) las personas que no tienen un discernible papel en la vida pública, quienes tendrían más posibilidades de justificar su exclusión del enlace; (iii) las personas con un limitado papel en la vida pública o que lo tienen dentro de un contexto específico (vg., directores de escuelas, algunos empleados públicos, personas expuestas a la opinión pública debido a acontecimientos que escapan a su control, o personas que juegan un papel público dentro de una comunidad determinada por su profesión), cuyas solicitudes de exclusión de la lista no son ni menos ni más probables de ser justificadas, pero en las que deberá considerarse el contenido de la información que se pretende excluir.

## VII. Los algoritmos

Como es sabido, la información que circula por la Red digital es casi infinita. De allí la necesidad de los llamados “motores de búsqueda” que permiten a los usuarios encontrar aquello que están buscando. No he de entrar en el debate que existe respecto de si se deben considerar a estos motores de búsqueda como una cosa riesgosa, con la consiguiente responsabilidad objetiva que recaería ante los daños causados a un tercero (arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.), o si esa actividad encuadra en el marco de la responsabilidad subjetiva, atento al im-

portante papel que desempeñan en el funcionamiento de Internet como intermediarios entre la información que no crean y se encuentra disponible en la red y los usuarios que la buscan (56). En cambio, sí echaré una mirada sobre los algoritmos, esto es el conjunto de reglas definidas para procesar datos, que permiten ordenar la información, pero cuyos criterios son desconocidos por los usuarios.

Bien se ha preguntado Gelli si la lista ordenada de sitios realizada por los motores de búsqueda es neutral, si los criterios predeterminados de indexación de contenidos son imparciales o equilibrados, y si hay un direccionamiento que, incluso, podría estar hecho a pedido de alguien interesado (57). Evidentemente, los datos no se ordenan cronológicamente, como ocurre en una biografía, sino conforme a criterios que los motores de búsqueda no hacen explícitos, jerarquizando, quizás, hechos antiguos y dando poca relevancia a hechos más nuevos, tal vez porque tienen una menor cantidad de visitas o por otros motivos que se desconocen, producto de la opacidad con la que funcionan los grandes motores de búsqueda. Todo ello puede desfigurar la identidad de una persona (58).

La Corte Federal, sin entrar en un análisis profundo de la cuestión, llamó la atención sobre los criterios de ordenamiento de la información por parte de los buscadores. Puso de relieve que Google, en el caso “Denegri”, manifestó que el modo en que el algoritmo ordena los resultados no necesariamente sigue una cronología, sino que aparece lo que Google estima como más relevante para el concreto usuario que está navegando por Internet y que el criterio usado no es “neutro”. Por ello concluyó que, con base en la forma en que Google manifestó que aparecen los resultados, “se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos

del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos” (59).

Es que la generación de un cierto perfil de una persona por los algoritmos puede afectar, claramente, sus derechos personales. Por ello, considerando que la generación del perfil de una persona puede condicionar la idea que sobre su identidad se forme quien está navegando por internet, bien se ha dicho que no es posible desconocer la necesidad de un tratamiento ético de los datos personales (60). Se trata, entonces, de dar mayor transparencia a los criterios de selección y ordenamiento de los resultados y no de eliminar o desindexar necesariamente la información pública (61).

En esta línea, en el mes de junio de 2021, Google anunció una iniciativa para proporcionar “actualizaciones algorítmicas para mostrar contenido más fidedigno”, procurando así impedir la presencia de información intencionalmente engañosa, falsa u ofensiva en los resultados de búsqueda.

Por otra parte, no parece posible prescindir del uso de Internet en la sociedad moderna. Y cabe preguntarse, ¿hasta dónde el usuario puede verdaderamente autolimitarse y defender su esfera de intimidad y libertad? En este punto, es necesario considerar los cuantiosos beneficios económicos que obtienen los motores de búsqueda con el manejo de la publicidad, sumado a la enorme influencia que ejercen subliminarmente sobre los usuarios.

## VIII. Conclusiones provisorias

Para terminar, he de ensayar algunas conclusiones que son necesariamente provisorias, pues el avance ultrarrápido de la tecnología todo lo trastoca:

1) Es necesario regular el derecho al olvido, de modo que se pueda facilitar la ponde-

ración de los derechos constitucionales en conflicto.

2) En esta regulación deberá otorgarse una mayor protección a la libertad de expresión sobre los derechos al honor y a la intimidad, cuando se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o temas de interés público.

3) En cambio, deberá otorgarse una mayor protección al honor y a la intimidad sobre la libertad de expresión cuando se trate de personas que no son públicas ni se trate de temas de verdadero interés público y la información desactualizada los afecta, siendo irrelevante el consentimiento que, en su momento, hayan podido dar.

4) Por último, debe profundizarse el estudio de los algoritmos y su funcionamiento, debiendo los motores de búsqueda adoptar sistemas transparentes que permitan evaluar la equidad del orden de la información que se muestra.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1497/2024

### Más información

[Dalla Via, Alberto R.](#), “El régimen constitucional de la moneda”, LA LEY, 25/04/2024, p.1, TR LALEY AR/DOC/994/2024.

[Quintana, Eduardo Martín.](#) “Teorías críticas del derecho. Perspectiva iusfilosófica desde el iusnaturalismo realista”, LA LEY 22/03/2024, p. 1, TR LALEY AR/DOC/593/2024.

### Libro recomendado

[Derecho Civil y Comercial: Obligaciones](#)

Autor: Borda, Alejandro

Edición: 2023

Editorial: La Ley, Buenos Aires

“¿Hacia un derecho al olvido argentino? ...”, ED del día 15/03/2022, n° 2.4, ED-MMDCCIII-176].

(54) Conf. VIDAL, “Derecho al olvido. Aproximación y valoración”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general>.

(55) “¿Cómo se debe equilibrar el derecho al olvido

de una persona con el derecho a la información del público?”, disponible en <https://archive.google.com/advisorycouncil/>.

(56) Esta controversia es la que se exhibe en el caso “Denegri”. La Cámara Nacional en lo Civil sostuvo la responsabilidad objetiva, mientras que la Corte Federal se apoyó en la otra postura.

(57) GELLI, “Pasado y presente ...”, La Ley diario del día

5/09/2022, TR LALEY AR/DOC/2603/2022, n° III.3 y V.

(58) Conf. LAPLACETTE, “Derecho al olvido ...”, ED del día 15/03/2022, n° 2.5, ED-MMDCCIII-177.

(59) CS, 28/06/2022, “Denegri”, Fallos 345:482, considerando 23.

(60) Conf. VALDEZ, Fernando - IRIARTE YANICELLI, Adolfo - NACUL, María Sofía - STEIMBERG, Bárbara, “La protección de la intimidad y la privacidad de consumido-

res y usuarios en la era del Big Data. Marco legal y problemas que se plantean”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-1-parte-general>.

(61) Conf. LAPLACETTE, “Derecho al olvido ...”, ED del día 15/03/2022, n° 3, ED-MMDCCIII-177.

## Jurisprudencia

### Operaciones “contado con liquidación”

**Compraventa de títulos valores bajo la modalidad contado con liquidación. Operatoria compleja. Gravabilidad en Ganancias e IVA. Multas por defraudación fiscal.**

1. - No pueden ser admitidos los agravios que intentan rebatir el pronunciamiento apelado en cuanto consideró que la operatoria bursátil fue atípica, pues el cúmulo de hechos recogidos por el Fisco Nacional resultaron suficientes y convincentes para sustentar las determinaciones de oficio discutidas. El pronunciamiento del Tribunal Fiscal ponderó que la renta que obtuvo el actor fue fruto de una operatoria compleja, con varias etapas, que excedía la previsión del art. 20, inciso ‘w’, de la Ley de Impuesto a las Ganancias. El actor realizó múltiples y simultáneas compras y ventas de valores negociables, en dos tipos de moneda, los desplazó del mercado —de Argentina a Nueva York—,

obteniendo una rentabilidad de un arbitraje que permitía que esos valores dentro de una misma jornada produjeran una renta. Es razonable que se adjudique consecuencias tributarias a las operaciones examinadas, calificando a esos resultados como rentas gravadas y a la “actividad desarrollada” como alcanzada en el impuesto al valor agregado.

2. - Las multas aplicadas por defraudación fiscal deben ser confirmadas, teniendo en cuenta la forma en que quedó probado el elemento objetivo de las infracciones y que el contribuyente no demostró la falta del elemento intencional ni ofreció prueba conducente para demostrar la falta de dolo en su conducta.

**CNFed. Contencioso administrativo, sala I, 18/06/2024. - Miguens, Pablo Hernán-TF 44317-I c. Dirección General Impositiva s/Recurso directo de organismo externo.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/80867/2024]

### Jurisprudencia vinculada

Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 22/03/2023, “Miguens, Pablo Hernán s/Ape- lación”, TR LALEY AR/JUR/92755/2023

### Costas

A la parte actora, ya que resulta vencida (artículo 68, primer párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

**2ª Instancia.** - Buenos Aires, 18 de junio de 2024.

### Considerando:

I. El actor interpuso el recurso de apelación previsto en el artículo 76, inciso ‘b’, de la ley 11.683 contra las resoluciones n°s 167/2015 y 168/2015 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) que, respectivamente, determinaron de oficio la

obligación tributaria de aquél en el impuesto a las ganancias (período fiscal 2008) y en el impuesto al valor agregado (períodos fiscales 02/2008 a 12/2008), liquidaron los intereses resarcitorios, y aplicaron sendas sanciones de multa por infracción a los artículos 46 y 47, inciso ‘e’, de la ley 11.683.

II. El Tribunal Fiscal de la Nación, resolvió: “[c]onfirmar las resoluciones apeladas en todas sus partes, con costas”, y reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron en representación del Fisco Nacional.

Para decidir así, sostuvo los siguientes argumentos:

(i) “[E]l ente fiscal no objetó la modalidad ni las características propias de las operaciones involucradas sino que lo se encuentra en debate es si las mismas tuvieron o no una clara finalidad bursátil, o por el contrario, meramente cambiaria”.

(ii) “[E]l resultado que exime la ley del impuesto a las Ganancias —art. 20 inc. w) ley vi-

gente— es el que proviene de la comparación de dos precios fruto de sus cotizaciones, una de compra y otra de venta, en el mismo mercado y en la misma moneda”.

(iii) “En el presente caso se observa un resultado fruto de la puesta en práctica de una operatoria compleja”. En efecto, ésta “se halla incidida por dos tipos de monedas, un tipo de cambio diferente al oficial, un desplazamiento de mercado y un arbitraje que permite que un mismo bono, aún sin movilidad en la cotización dentro de la misma jornada produzca un resultado”.

(iv) “A ello se le suma la conjunción de la utilización de un capital más una labor personal desplegada por el aquí recurrente con un propósito ajeno a una inversión, además de [...] la gran cantidad de operaciones que exceden largamente el carácter esporádico o secundario de su actividad”.

(v) En el precedente dictado por ese Tribunal en la causa “Bacqué, Chantal”, el voto en disidencia puntualizó que “los contribuyentes concretaron las operaciones (compra y venta) en el mismo día y con igual plazo de liquidación. En definitiva, la rentabilidad de la operación no estaba dada por la tenencia de los títulos, sino por la diferencia de cotización entre ambas monedas”.

(vi) “[N]o ha sido desvirtuado por la recurrente que la estructura jurídica adoptada como una operación bursátil ha constituido en realidad un instrumento por el cual se buscó la formación de activos externos, resultando los responsables meros facilitadores a tales efectos”.

(vii) Toda vez “que los intereses resarcitorios constituyen una indemnización debida al Fisco como resarcimiento por la mora en que ha incurrido el contribuyente o responsable en la cancelación de sus obligaciones tributarias [...] cabe disponer su confirmación”.

(viii) Las circunstancias reseñadas exhiben “que se encuentran configurados los elementos que permiten encuadrar la conducta del aquí recurrente en dicha figura infraccional, consistentes en la presentación de declaraciones juradas engañosas, sin que existan elementos que justifiquen un reencuadre de la conducta, o la consideración de un supuesto de error excusable”.

III. El actor apeló ese pronunciamiento y expuso diversos agravios que fueron contestados:

(i) “[L]a sentencia apelada resulta arbitraria en cuanto pondera como una circunstancia relevante y fundamental para la calificación de las operaciones a la intención última de las partes; un aspecto al que la Cámara Penal Económico [en la causa “BBVA Banco Francés; D.T.L.; E.J.A.; C.C.A. y otros s/Infracción ley 24.144”] le restó toda trascendencia para calificar una operación como ‘cambiaría’”.

(ii) La operatoria cuestionada “consiste en aprovechar las diferentes cotizaciones de valores —que de alguna forma puedan ser considerados similares— y que coticen en la misma bolsa, o de un mismo valor que coticen en bolsas diferentes. El arbitrajista venderá al precio más caro y comprará al más barato obteniendo un beneficio sin riesgo”.

Sin embargo, más adelante en su memorial sostiene que ese riesgo sí existe, pues “si bien toda la operatoria se liquida en el día, entre la compra de los títulos y su posterior venta, pueden transcurrir varios minutos (incluso más de una hora) y, en ese tiempo, la cotización de los títulos puede subir o bajar por efecto del propio mercado”.

(iii) “El TFN hace suyo el argumento fiscal en relación con la existencia de un servicio a terceros, sin rebatir ni mucho menos probar

que, por la modalidad en que se efectuó la operatoria, no había terceros conocidos por mi mandante a quienes pudiera eventualmente haber prestado cualquier tipo de servicio”.

(iv) “[E]l TFN convalidó una aplicación absolutamente extensiva e infundada del principio de la realidad económica previsto en el artículo 2 de la ley 11.683”.

(v) La intención de su representado “no fue comprar los títulos a los vendedores (a quienes ni siquiera conocía) para girarles fondos al exterior, sino de realizar operaciones de ‘arbitraje financiero’”.

(vi) “Todo lo expuesto hasta aquí [...] ha sido compartido por la Sala A del TFN al resolver en la causa ‘Bacqué, Chantal’ con fecha 24/10/2016 donde se discutieron operaciones de arbitraje financiero idénticas a las llevadas a cabo por P. Miguens”.

(vii) La sentencia es arbitraria ya que “ignora la existencia simultánea de un proceso determinativo iniciado a otro sujeto —la sociedad de bolsa Miguens-Pérez Iturraspe Sociedad de Bolsa S.A. (C.U.I.T. N° 30-70750503-2)— por las mismas operaciones aquí cuestionadas que también se encuentra apelado [en el] TFN sin que a la fecha se haya dictado sentencia”.

(viii) La improcedencia “de la aplicación del principio de la realidad económica al caso de mi mandante también impiden la imposición de una sanción dolosa basada en la presunción del inc. e) del art. 47”.

Subsidiariamente, “solicita se reencuadre la conducta de mi mandante en la infracción contenida en el art. 45 de la ley 11.683” y “para el caso de que V.E. acepte encuadrar la sanción en el tipo infraccional previsto en el art. 45 de la ley de rito, se solicita la aplicación del instituto del error excusable”.

IV. Resulta imprescindible efectuar una reseña de los antecedentes de la causa a efectos de esclarecer los hechos controvertidos.

El actor que declaró ante la AFIP como actividad principal la prestación de “servicios de asesoramiento, dirección y gestión empresarial realizados por integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización en sociedades anónimas” realizó durante el ejercicio fiscal 2008 operaciones en el mercado bursátil comúnmente denominadas “contado con liquidación” (ver fs. 1 de la resolución de determinación de oficio en el impuesto a las ganancias).

Estas consisten “en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización en dólares estadounidenses y liquidación contra cable en el exterior, y la respectiva venta también en dicho mercado con liquidación en pesos, no habiendo ocurrido necesariamente en ese mismo orden, puesto que en algunas ocasiones, por permisiones de la operatoria del mercado, es dable efectuar la venta antes que la compra —venta en descubierto—” (ver fs. 2 de la resolución citada).

Para ello “el contribuyente adquirió dólares estadounidenses en el mercado local y los giró a cuentas del exterior con el fin de realizar los pagos de los títulos valores adquiridos (liquidación contra cable), en la que el vendedor de tales títulos recibe los dólares estadounidenses directamente en una cuenta del exterior sin que sean comprados por él en el mercado único y libre de cambios, mientras que la venta de los mismos fue efectuada por liquidación en pesos en el país, y ambas operaciones se concretaron con escasa diferencia temporal” (ver fs. 3 de la resolución citada).

En función de lo expuesto “se generó una renta a partir de la diferencia de cotización de los títulos entre ambas monedas, en tanto el tipo de cambio obtenido a partir de dividir el importe de la venta con liquidación en pesos

por la cantidad de dólares puestos en el exterior, resulta superior al tipo de cambio vigente en el mercado de cambio local” (ver fs. 3 de la resolución citada).

En síntesis, la operatoria se realizó de la siguiente manera: 1) se cambiaron pesos por dólares estadounidenses en el mercado local —Mercado Único Libre de Cambio (en adelante, MULC) —; 2) se transfirieron esos dólares a una cuenta del exterior para adquirir los valores negociables que, simultáneamente o con escaso espacio de tiempo, se vendieron en la plaza local, a través de la modalidad “contra cable”, en pesos; y 3) se obtuvo una diferencia positiva en el tipo de cambio, superior a la que se lograría en el MULC.

De acuerdo con lo que surge de las resoluciones n°s 167/2015 y 168/2015 (ver fs. 12 y 13), las operaciones:

(i) Eran inmediatas pues “el circuito económico del dinero y su flujo” se concretaba en el mismo día.

(ii) Se realizaron en forma reiterada y sistemáticamente.

(iii) En la mayoría de los meses de 2008 el quantum de las operaciones rondó los u\$s 2.000.000, que era el límite que había fijado el BCRA para operar en el MULC.

(iv) La diferencia de cotización significó en el ejercicio fiscal 2008 una ganancia de \$ 1.168.759,33 que el actor declaró como renta de segunda categoría exenta en el impuesto a las ganancias.

En ese contexto, los funcionarios actuantes consideraron que esa renta no gozaba de la exención en aquél impuesto y que la actividad desarrollada se encontraba alcanzada en el impuesto al valor agregado.

V. Esta Cámara, por sus diversas salas, ha dicho invariablemente que no corresponde apartarse de la apreciación efectuada por el Tribunal Fiscal de las circunstancias fácticas de la causa, dado los límites del recurso que prevé el artículo 86, inciso ‘b’, de la ley 11.683, a menos que se pruebe que aquel tribunal haya incurrido en un error en la apreciación de los hechos (esta sala, causa “ABC Maderas SA (TF 16870-I) c/ DGI” y “Junquera, Marta Aurora”, pronunciamientos del 6 de diciembre de 2011 y del 4 de agosto de 2015, respectivamente; en igual sentido, Sala III, causa “Ambulancias Privadas Argentinas SA”, pronunciamiento del 23 de febrero de 2011, Sala IV, causa “Banco de Italia y Río de La Plata SA”, pronunciamiento del 24 de “septiembre de 1996, y Sala V, causas Devez, Manuel Rodolfo” y “Del Buono, Jorge”, pronunciamientos del 13 de febrero de 2002 y del 15 de marzo de 2007, respectivamente).

VI. No pueden ser admitidos los agravios que intentan rebatir el pronunciamiento apelado en cuanto consideró que la operatoria bursátil fue atípica.

Ello es así, pues, el cúmulo de hechos recogidos por el Fisco Nacional resultaron suficientes y convincentes para sustentar las determinaciones de oficio que se encuentran aquí discutidas.

En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Fiscal ponderó que la renta que obtuvo el actor fue fruto de una operatoria compleja, con varias etapas, que excedía la previsión del artículo 20, inciso ‘w’, de la ley de impuesto a las ganancias.

Como se vio, el actor realizó múltiples y simultáneas compras y ventas de valores negociables, en dos tipos de moneda, los desplazó del mercado (de Argentina a Nueva York), obteniendo una rentabilidad de un arbitraje que permitía que esos valores dentro de una misma jornada produjeran una renta.

Ciertamente, como señaló la Sala III “sin discutirse la licitud de las operaciones realizadas [...] se reunieron sobradas y adecuadas piezas que dan razón de que el verdadero propósito del contribuyente fue obtener un diferencial con y en el tipo de cambio, mediante el empleo de una compleja operatoria bursátil, sorteando los canales ordinarios idóneos para tal fin, esto es, el MULC” (causas “Mayol Virgilio Rafael (TF 44061-I) c/ Dirección General Impositiva” y “Schcolnik, Alejandro Javier (TF44057-I) c/ Dirección General Impositiva”, pronunciamientos del 18 de octubre de 2023).

Es que, como pone de relieve la AFIP un operador bursátil toma sus decisiones en función de “las expectativas futuras de la rentabilidad de un valor” pues “si todas las decisiones de inversión tuvieran lugar en ambientes de certidumbre [...] los inversores optarían por la misma alternativa de inversión en un mercado, lo cual conduciría irremediablemente a la desaparición de este último”.

Por tanto, es razonable que aquella adjudique consecuencias tributarias a las operaciones examinadas, calificando a esos resultados como rentas gravadas y a la “actividad desarrollada” como alcanzada en el impuesto al valor agregado.

VII. En relación a los agravios vertidos respecto a éste último ajuste, cabe precisar que el Fisco explicó que la operatoria discutida no necesariamente se realizó con fondos propios.

En efecto, sostuvo que la operatoria se podía realizar en descubierto “es dable efectuar la venta [de los títulos en pesos] antes que la compra [de los títulos en dólares]” de ese modo “estas no necesariamente se realizan con fondos propios” (ver fs. 2 y 7 de la resolución de determinación de oficio en el impuesto a las ganancias).

Esta afirmación no fue controvertida por el contribuyente adecuadamente y cabe recordar, que quien alega un extremo tiene la ineludible carga procesal de demostrarlo y su ausencia sella la suerte adversa de su pretensión (Fallos: 331:881).

Por tanto, el agravio expuesto en el punto (iii) del considerando III no puede ser admitido.

VIII. Respecto al agravio relacionado con la sentencia penal en la causa “BBVA Banco Francés; D.T.L.; E.J.A.; C.C.A. y otros s/Infracción ley 24.144”, cabe precisar, que esta sala ha dicho que las cuestiones debatidas a la luz del procedimiento reglado en la ley 11.683 y en el proceso de la ley 24.769 son diferentes. En el primero se discute la procedencia de la deuda tributaria, en tanto que en el segundo la discusión se centra en determinar la existencia de un delito tributario.

Y que no puede haber determinación en sede penal que sirva para otra cosa distinta a la indagación sobre la posible comisión de un ilícito, y, por lo tanto, no puede hacer cosa juzgada lo decidido en punto a la determinación de la obligación tributaria, que sólo es competencia del Tribunal Fiscal y eventualmente de este fuero (causa “Mascardi, Carlos Gustavo” y “Molinos Río de la Plata SA”, pronunciamiento del 30 de noviembre de 2004 y del 19 de mayo de 2016; en igual sentido, Sala II, causa “Sztejman, Luis Carlos”, pronunciamiento del 5 de febrero de 2013).

IX. Asimismo, debe resaltarse con relación a la sentencia dictada por el Tribunal Fiscal en la causa “Bacqué, Chantal”, del 24 de octubre de 2016, que a pesar de que la recurrente obtuvo, por mayoría, un pronunciamiento favorable en esa sede, posteriormente regularizó sus obligaciones en los términos de la ley 27.260.

X. Finalmente debe puntualizarse que no aparece acreditada la supuesta duplicidad de objetos entre la presente causa y el pro-

ceso determinativo iniciado a la sociedad de bolsa Miguens-Pérez Iturraspe Sociedad de Bolsa S.A.

En efecto, la lectura del memorial evidencia que el ajuste que se le practicó a esa firma versa sobre el modo en que ésta debió computar en el impuesto a las ganancias “las utilidades de ciertas operaciones de compra-venta de títulos realizadas a favor de terceros”.

Paralelamente, la compulsa de la causa tampoco exhibe algún pedido de acumulación con la supuesta causa conexa.

XI. Respecto de las sanciones de multa aplicadas, teniendo en cuenta la forma en que quedó probado el elemento objetivo de las infracciones y que el recurrente no demostró la falta del elemento intencional ni ofreció prueba conducente para demostrar la falta de dolo en su conducta, corresponde confirmar el encuadramiento efectuado por el Fisco Nacional con relación a la conducta atribuida.

Por ello, la dispensa peticionada por el actor no puede prosperar, habida cuenta de que la claridad de las normas involucradas no arroja dudas sobre la forma en que debía liquidarse el tributo.

XII. Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte actora ya que resulta vencida (artículo 68, primer párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

XIII. Resta pronunciarse respecto de la apelación deducida por el Fisco por considerar “bajos” los honorarios regulados en el punto 2º de la sentencia apelada.

En función de la naturaleza del proceso, su monto, las etapas procesales cumplidas, ponderando el mérito, la calidad y la extensión de la labor desarrollada a luz del resultado obtenido, corresponde:

i. Elevar en las sumas de ..., respectivamente, los emolumentos a favor de los doctores Carlos A. Muzzio y Jorge A. Fraga por la tarea cumplida en el patrocinio y representación legal de la parte demandada en las dos primeras etapas de la instancia anterior (artículos 6, 7, 9, 19, 37, 38 y demás concordantes de la ley 21.839).

ii. Fijar los honorarios de la doctora María Soledad Lamagrande en las sumas de ... UMA —equivalente a la suma de \$ \$...—, según la resolución SGA n° 1497/2024 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— por su actuación en ejercicio de la representación y el patrocinio letrado de la parte demandada en la tercera etapa de la instancia anterior (artículos 16, 20, 21, y demás concordantes de la ley 27.423).

iii. Sobre pautas análogas, en lo pertinente, a las precedentemente enunciadas, corresponde fijar en ... UMA y ... UMA —equivalentes a la suma

de \$... y \$... de conformidad con los valores establecidos en la resolución SGA n° 1497/2024 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— los honorarios de las doctoras Anouk Iardevlevsky y María Soledad Lamagrande por su actuación en ejercicio de la representación y el patrocinio letrado de la AFIP ante esta alzada (artículo 30 y demás concordantes de la ley 27.423).

En mérito de las razones expuestas, el tribunal *resuelve*: 1. Desestimar los agravios del actor y confirmar la sentencia apelada. 2. Distribuir las costas de esta instancia con arreglo al considerando XII. 3. Fijar los honorarios con arreglo al considerando XIII.

Regístrese, notifíquese y remítase al Tribunal Fiscal. — *Liliana M. L. Heiland.* — *Clara M. Do Pico.*

## Caducidad de instancia

### El diligenciamiento de una cédula es un acto impulsorio

Se revoca la resolución que declaró de oficio operada la caducidad de la instancia, ya que luego de ese decreto se acreditó el diligenciamiento de la cédula ley 22.172 que fuera recibida por la oficina de mandamientos y notificaciones de La Matanza; y si bien el resultado del diligenciamiento fue negativo, de todos modos el acto es interruptivo de la perención, al igual que la presentación ante la oficina de diligenciamiento, pues en general se considera que el retiro de la cédula ley 22.172 es un acto impulsorio, incluso el acto de sellado efectuado por el Juzgado, ya que es un acto necesario para hacer avanzar el proceso.

**CNCom., sala A, 10/06/2024. - Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Zarratea, Juan Manuel s/Ejecutivo.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/75612/2024]

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, 10 de junio de 2024.

1.) Apeló la parte actora subsidiariamente el pronunciamiento dictado en fd. 131 —mantenido en fd. 138—, en cuanto declaró de oficio operada la caducidad de la instancia en las presentes actuaciones.

Los agravios de la actora fueron expuestos en fd. 133/136.

2.) La recurrente se quejó de la decisión adoptada en la anterior instancia, alegando que el plazo de perención no ha transcurrido pues, conforme la cédula ley que obra en autos, se realizaron actos impulsorios que obstan al decreto en crisis.

3.) Liminarmente, recuérdase que la caducidad de la instancia constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando no se cumple acto de impulso alguno durante el plazo legal, que en este tipo de procesos es de tres (3) meses (art. 310: 2º CPCCN). Ello, porque la parte que da vida al proceso contrae la carga de urgir su sustanciación y resolución, carga que se justifica porque no es admisible exponer a la contraparte a la inseguridad y pérdida de tiempo que importa una instancia indefinidamente abierta.

Seguido de ello, apúntase además que la instancia constituye un conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda, hasta la notificación del pronunciamiento final hacia el que dichos actos se encaminan (conf. Palacio L. “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Tº IV, pág. 219), de donde se deduce que solo son actos interruptivos del plazo de caducidad aquéllos que impulsan el trámite del proceso para posibilitar el dictado de sentencia.

Cabe señalar asimismo, que esta Sala comparte la reiterada corriente jurisprudencial conforme la cual el restrictivo criterio con que debe aplicarse la perención de instancia conduce a descartar su procedencia en supuestos de duda (C.S.J.N., 24.5.93, “Rubinstein, Marcos c/ Cía. Financiera Central para la América del Sud S.A.”, íd., 7.7.92, “Frías José Manuel c/ Estex SACI e I”, Fallos 315: 1549; íd., 12.4.94, “Dalo, Héctor Rafael y otros c/ Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica SA y Neuquén, Provincia del s/daños y perjuicios”, Fallos 317:369; íd., 12.8.97, “Caminotti Santiago R. c/ Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria”, Fallos 320:1676; íd., 24.10.00, “Brigne SA c/ Empresa Constructora Casa SA y otros”, Fallos 323:3204; íd., 6.2.01, “Fisco Nacional c/ Provincia de Mendoza s/ejecución fiscal”; CNCom., Sala E, 10.10.95, “Grinstein Saúl”).

Sentado ello, señalase que el art. 316 CPCCN dispone que no podrá ser decretada de oficio la perención si la parte hubiere impulsado el trámite con anterioridad a su declaración, aun cuando no se hubiere acreditado oportunamente en el expediente esa circunstancia (conf. esta CNCom., esta Sala A, 15.05.14, “Assisa Sebastián Pablo c/ Aislaport SRL y otros s/ejecutivo”; íd., íd., del 05.10.10, “Cornalo Eduardo Daniel c/ Premium Beef SA s/ejecutivo”; íd., íd., 11.03.08, “Nicolino Antonio Angel c/ Mourente de Barone Alicia Beatriz s/Beneficio de litigar sin gastos”; íd, Sala D, 14.07.03, “Lazcoz, Ana Mabel s/pedido de quiebra por Cooperativa del Este de Crédito, Consumo y Vivienda Ltda.”; en igual sentido, Sala B, 31.05.02, “Sportsitio.com Inc. le pide la quiebra Alas Producciones SA”; íd, Sala E, 21.05.93, “Ortino Lomazzi y Asociados SRL s/pedido de quiebra por Chacur, Camilo”).

Ahora bien, para que la norma ut supra citada resulte operativa resulta necesario la

adjunción de elementos convictivos que tornen verosímil la alegación de que la actividad denunciada fue efectivamente llevada a cabo durante el plazo de perención.

4.) Sobre tales bases, del examen del expediente se desprende que, si bien al momento de decretarse de oficio la caducidad de la instancia, se tuvo por última actuación hábil la providencia de fd. 130 (19.12.2023 —cabe aclarar que el juez de grado consignó la fecha “18.12.23”—), lo cierto es que, luego de ese decreto (30.04.2024; ver fd. 131), la recurrente acreditó en autos, con fecha 06.05.2024, el diligenciamiento de la cédula ley 22.172 que fuera ordenada en fd. 130, recepcionada por la oficina de mandamientos y notificaciones de La Matanza con fecha 20.02.2024 y diligenciada el 18.04.2024 (véase fd. 137).

Ahora bien, cabe aclarar que si bien el resultado del diligenciamiento fue negativo, de todos modos el acto es interruptivo de la perención, al igual que la presentación ante la oficina de diligenciamiento, pues en general se considera que el retiro de la cédula ley 22.172 es un acto impulsorio, incluso el acto de sellado efectuado por el Juzgado, ya que es un acto necesario para hacer avanzar el proceso (conf. Enrique M. Falcón, “Caducidad o Perención de Instancia”, pág. 169).

Ergo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 316 CPCCN, cabe atribuir a esa actuación efecto interruptivo (arg. cfr. esta CNCom., esta Sala A, *in re*: “Galera Liliana María c/ Ramos Carlos Eduardo s/Ordinario”, del 17.03.2016).

En consecuencia, computándose como último acto hábil impulsorio del proceso el diligenciamiento de la cédula ley 22.172 agregado en fd. 137 (18.04.2024), conclúyese en que a la fecha en que se declaró de oficio la caducidad de la instancia (30.04.2024), no se encontraba cumplido el plazo legal de tres (3) meses previsto por el inc. 2, art. 310 CPCCN.

5.) Por todo ello, esta Sala *resuelve*:

Admitir el recurso de apelación incoado subsidiariamente por la accionante y, por ende, revocar el pronunciamiento dictado en fd. 131.

Sin imposición de costas por no mediar contradictorio.

Notifíquese a la parte interviniente. Oportunamente, devuélvanse virtualmente las actuaciones a la instancia anterior.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *Alfredo A. Kölliker Frers.* — *Héctor O. Chomer.* — *María E. Uzal.*

## Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7º piso de esta Ciudad informa que MIGUEL ALEJANDRO ZABALA BARRIOS de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.889.674 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de

algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

**Buenos Aires, 1 de diciembre de 2022**  
Juan Martín Gavalda, sec.  
**LA LEY: I. 27/06/24 V. 28/06/24**

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Fe-

deral N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. VANESSA PATRICIA PEINADO BATISTA de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.542.726, según el Expediente “PEINADO BATISTA VANESSA PATRICIA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 9826/2023. Por ello cualquier

persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

**Buenos Aires, 22 de agosto de 2023**  
Matías M. Abraham, sec.  
**LA LEY: I. 27/06/24 V. 28/06/24**

Ante el Juzgado Nacional de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. YOMAIRA CAROLINA RANGEL PÉREZ de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.995.316 según el Expediente “RANGEL PÉREZ, YOMAIRA CAROLINA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADA-

NÍA”, Expte. N° 8065/2024. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

**Buenos Aires, 3 de junio de 2024**  
Matías M. Abraham, sec.  
**LA LEY: I. 27/06/24 V. 28/06/24**

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

**Editores:** Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Jonathan A. Linovich  
Ana Novello

Elia Reátegui Hehn  
Érica Rodríguez  
Marlene Slattery

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


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

 Thomsonreuterslaley

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

 TRLaLey

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

 **Centro de atención al cliente:**

**0810-266-4444**