

CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS
ECONOMICAS DE LA CAPITAL FEDERAL

PREMIO "PROFESOR ENRIQUE REIG" AÑO 2019

Categoría senior

TITULO DEL TRABAJO

**DERECHO TRIBUTARIO PARA EL TERCER
MILENIO**

**LA RELACION JURIDICA TRIBUTARIA . LOS
NUEVOS PARADIGMAS A PARTIR DE LA
REVOLUCION TECNOLOGICA**

AUTOR: Dr. Daniel pérez

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, 16 DE
SEPTIEMBRE DE 2019

INDICE

• RESUMEN INTRODUCTORIO	1-2
• LA RELACION JURIDICA.ASPECTOS GENERALES Y PARTICULARES	3-8
• LA SUJECION FRENTE A LA TECONOLOGIA TRIBUTARIA	8-13
• LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES	13-15
• CONSTITUCION FORMAL Y MATERIAL	15-19
• FUNDAMENTOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS NUEVOS DERECHOS Y GARANTIAS	20-26
• INSERCION DEL DERECHO ALA INTIMIDAD EN EL ESQUEMA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	26-29
• EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	29-31
• EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	31-32
• LOS CONTENIDOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	32-35
• LA INTIMIDAD COMO PROPIEDAD DE SI MISMO	
• NUEVAS FORMAS DE LESION A LA INTIMIDAD	36-38
• REQUERIMIENTOS QUE PUEDAN AFECTAR DERECHOS PERSONALISIMOS	
• CONCLUSIONES DE ESTOS PUNTOS	40-42
• EL SECRETO BANCARIO. LA INVASION DE LOS FISCOS SOBRE LA INTIMIDAD	42
• CONCEPTOS DE SECRETO BANCARIO	42-44
• ANTECEDENTES EXTRANJEROS	44-45
• OPERACIONES ALCANZADAS	45-46
• SUJETOS OBLIGADOS	46-47
• A QUIEN Y CUANDO DEBE UNA ENTIDAD REVELAR INFORMACIONES CUBIERTAS POR EL SECRETO	47-48
• CORRESPONDENCIA DEL SECRETO BANCARIO. EL CASO PARADIGMATICO DE LAS CAJAS DE SEGURIDAD	48-55
• EL SEGUNDO TEMA FONDAL. LA INSERCION DE LOS DERECHO COLECTIVOS	55-60
• EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COLECTIVOS Y LA JURISPRUDENCIA	60-68
• LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CIVIL	68-71
• LOS DERECHOS DIFUSOS O DE INCIDENCIA COLECTIVA	71-88
• A MODO DE CONCLUSION DE ESTOS PUNTOS	88-91

DERECHO TRIBUTARIO PARA EL TERCER MILENIO

LA RELACION JURIDICA TRIBUTARIA . LOS NUEVOS PARADIGMAS A

PARTIR DE LA REVOLUCION TECNOLOGICA

Resumen introductorio

Acometer un trabajo para participar en el Premio Profesor “ENRIQUE REIG” 2019, mucho más que un competencia, es un sincero homenaje. En especial, desde quienes tuvimos la honra de compartir con él, distintos momentos académicos y personales.

Por ello, es un verdadero honor compartir ahora este trabajo y rendir un cálido homenaje, como ningún otro: merecido.

La inquietud para este trabajo radica, en realidad, en la refundación del derecho tributario para el tercer milenio. La historia, las personas, la sociedad, la economía y las relaciones jurídicas han cambiado sustancialmente en los últimos años.

Resulta obvio decir que el siglo XX y lo que ha transcurrido del siglo XXI, está signado por la revolución de la tecnología y las comunicaciones y que, seguramente, los cambios se sucederán, cada vez con mayor frecuencia y complejidad a partir de la misma evolución científica y tecnológica, en una suerte de mecanismo concéntrico.

El derecho ha tratado –con mayor o menor intensidad y capacidad de adaptación- de receptor y procesar estos cambios. Los derechos del hombre

frente a la tecnología han sido recogidos por constituciones, leyes y tratados a lo largo del mundo. También ha avanzado el derecho en las proposiciones para el ordenamiento de las nuevas formas de desarrollo y participación –de estas nuevas figuras- en el derecho internacional.

Nuestro país, por lo pronto, recogió en una forma incipiente, los nuevos derechos en la reforma constitucional del año 1994 y luego, con certeza en la redacción del Código Civil y Comercial a partir de la sanción de la Ley 26.994, en el que, se cambiaron institutos jurídicos de raigambre y se receptaron la doctrina y jurisprudencia de los últimos ciento cincuenta años; además claro, de la nueva contemplación de la autonomía de la voluntad, de los regímenes contractuales de protección de consumidores y usuarios y de una coherente interpretación hermenéutica de las normas.

Empero, a pesar de todo ello el derecho tributario parece –por ahora- quedar inmovible a los cambios más trascendentales; por ello, iniciamos este ensayo general sobre el derecho tributario para el tercer milenio, poniendo el foco –en principio- el tan sustantivo instituto de la relación jurídica tributaria.

En este contexto vamos a intentar demostrar como, a partir de la irrupción de la tecnología tributaria como factor de poder se crean nuevos paradigmas constitucionales de la tributación determinados en el marco del de los nuevos derechos del hombre frente a los avances tecnológicos y que, en nuestro campo del derecho tributario, se deben ver resguardados por la preservación del derecho a la intimidad y por la consideración de los

derechos de los contribuyentes como derechos de incidencia colectiva. Estos dos, son los parámetros de investigación en el presente trabajo.

La relación jurídica tributaria. Aspectos generales y particulares

La relación jurídica, es sin dudas, uno de los institutos centrales del derecho. No en vano, en algún momento de la evolución del pensamiento jurídico, fue considerada como la partícula elemental a partir de la cual se construía todo el ordenamiento.

El prototipo de igualdad que siempre ha caracterizado al derecho civil, ha pasado por modelar una relación jurídica en ese ámbito que, en expresión gráfica podría denominarse de “carácter horizontal”. En teoría, la posición que ocupan las personas queda determinada en un mismo plano sobre la base de la igualdad formal de la contratación que encuentra su núcleo irreductible en el dogma de la autonomía de la voluntad. Autonomía claramente reafirmada en nuestro medio por el Código Civil y Comercial, al darle un rango muy superior al derecho contractual.

Como afirma Soriano García, en el campo del derecho público (una vez pretendidamente superado el absolutismo) las cosas se comenzaron por producir de un modo distinto.

Recogiendo la sustancia autoritaria que se pretendía sustituir, se estableció un modelo con un conjunto de relaciones que en modo alguno se compadecían con el principio de igualdad, base de la libertad individual. Internamente las

relaciones de organización pasarán a tener una naturaleza seudojurídica, lo que no permitía el ejercicio de los derechos que en puridad conllevan.

En realidad, esta relación como concepto jurídico, no se solidificó y reconoció como tal, sino en supuestos muy aislados. En términos generales la Administración prefería hablar de derechos públicos subjetivos, antes de que tal relación fuera jurídica.

Reconocidos tales derechos y libertades como la propia base política del nuevo sistema, la Administración pública no tuvo más remedio que admitirlos, reconociéndolos con cierto esfuerzo. El término de referencia de cada uno de esos derechos, aislados, pertenecía a individuos, también aislados, que no se encontraban en una posición lo suficientemente fuerte como para discutir las prerrogativas y privilegios.

Cuando las Administraciones tienen que hablar forzosamente de relación jurídica (por imperio de las circunstancias) se cuidarán de que dicha relación no resulte horizontal; y termina expresando el autor: *“...Y para muestra, basta un ejemplo que podríamos corroborarlo en la relación tributaria. ¿Cómo es posible que a priori el término de la referencia sea un sujeto pasivo...”*¹

Esto, obviamente, va a representar entonces, el tema de indagación en la órbita del derecho tributario para el tercer milenio.

La sistemática en el estudio del Derecho Tributario, con miras a la obtención de resultados válidos en la ubicación de las ideas y pensamientos, obliga a efectuar permanentes detenciones y comparaciones en la práctica evolutiva de los mismos. De todos modos, (adelantando nuestra óptica) no podemos dejar de

¹ José Eugenio Soriano García, “Evolución del Concepto de “relación jurídica” en su aplicación al derecho público”, Revista de Administración Pública, N° 90-3, Madrid, páginas 70-71

observar una suerte de "evolución elíptica" de las ideas, tal que, a cada paso y procurándose lograr posturas avanzadas, se produce una vuelta a la revisión de conceptos que habían sido entendidos como superados.

Ejemplo acabado de esta observación son las conjeturas que deslizaba Eusebio González García:

"...Desde el punto de vista técnico, la doctrina alemana, con BUHLER y SCHNEIDER a la cabeza pudo llegar a reelaborar la teoría de la relación tributaria como una relación de poder bajo la égida del Estado de Derecho, fundamentalmente por dos razones: primera, por la tradicional doctrina germánica (anterior a O. Mayer) sobre la falta de contenido jurídico de las normas administrativas; segunda por la reunión en el concepto de relación jurídica tributaria de las relaciones administrativas al lado de la obligación tributaria, con el consiguiente traslado del centro de gravedad de la segunda a las primeras..."²

Si debiéramos efectuar una recopilación de las doctrinas, necesariamente hay que considerar las tres posiciones más encumbradas (no obstante los matices de las cercanas o yuxtapuestas), donde, en la primera, se debe hablar -en general- de la "entronización" de la obligación tributaria, como centro de atracción del Derecho Tributario o como expresa Berliri *"...la supervaloración de la obligación tributaria..."*³ y por la cual como obligación completa y autónoma puede tener los contenidos más diversos: *"...prestaciones de hacer, de no hacer, de dar y de soportar..."* (VANONI); en otro extremo están los que apoyan la tesis de que existe una obligación principal de dar, de la que se diferencian las *"...distintas prestaciones de naturaleza administrativa a cargo del*

² Eusebio González García, Revista del Tribunal de la Federación, Enero de 1998, Página 68

³ Berliri Antonio, "Principios de Derecho Tributario", Volumen II, Editorial Derecho Financiero, Madrid 1971, página 76

contribuyente..." (PUGLIESE), a las que el mismo autor denomina como "...simples accesorios de la relación obligatoria principal..."

Por último y como concepción trascendental de la teoría del Derecho Tributario encontramos a la relación jurídica tributaria de Giannini, definida acertadamente por Matías Cortés Domínguez como: *"...la relación que engloba todas las prestaciones y los correlativos derechos a que ellas sean realizadas, que derivan de la aplicación de una norma tributaria..."*⁴

Esta última concepción ha movido a numerosos tratadistas para, ya bien discernir, o diferenciar o desentrañar la evolución del derecho tributario, centrándose la discusión -sobre todo- en su autonomía científica y dogmática; por tal razón, creemos adecuado continuar a partir de estas realidades.

El desarrollo social y moral del ser humano no ha sido jamás extraño al desarrollo de las realidades técnico científicas. Dichas realidades se constituyen en condición de posibilidad para el cambio social, la emergencia de nuevos valores, la aparición de nuevos paradigmas éticos y en definitiva el advenimiento de nuevas formas de organización social; es por estas razones que resulta necesario reflexionar constantemente sobre el sentido de la relación entre la evolución sociológica del derecho, los desarrollos técnicos y el entorno humano.

Nuestro cometido en este trabajo de investigación es, por lo tanto, provocar un replanteamiento de cuestiones que, no por comprobadas, aprobadas y aún debatidas, nos impidan elaborar nuevas teorías respecto de la relación jurídica

⁴ Matías Cortés Domínguez, "Ordenamiento Tributario Español", Cuarta Edición, Editorial Civitas, Madrid 1985, página 243 y subsiguientes.

tributaria; la que, no en vano, se pone siempre en el centro de los debates doctrinarios.

Creemos que, todos aquellos que participan en la especialidad, se encuentran centrados en demostrar y reafirmar que la relación entre los distintos sujetos tributarios y el estado en su rol de protector de la renta pública es una relación de derecho y no de poder.

Estimar que la relación jurídica entre el Estado y el particular (contribuyente) es sólo una relación de poder, es por lo menos anticuada en su concepción y totalitaria en su génesis.

Por supuesto que, a la moderna doctrina y la jurisprudencia no le cabe la más mínima duda: es una relación de derecho. Y nos preguntamos: ¿por qué razón entonces, se hace necesario indagarlo, reiterarlo y enfatizarlo en cada evento, en cada publicación, en cada trabajo de investigación y en cada oportunidad?

Por momentos nos parece -en esta materia- estar indagando el estudio astrofísico de los ejes espaciales de tiempo; mientras en estas latitudes observamos la luz incandescente de lo que puede llamarse la declaración (o reafirmación) de los derechos y garantías del contribuyente, en realidad, la brillantez de tales principios tiene su fuente mucho tiempo atrás en otros rincones del planeta.

Tal vez una de las conclusiones a las que se pueda arribar, parte de la impronta de los acontecimientos. En los últimos tiempos, miles de voces se han levantado desde todos los sectores y lugares; y esto a pesar de la diversidad de intereses que cada sector o Estado pone en juego como objetivo. Dichas voces,

denunciando a veces o advirtiendo en otras, destacan el avance de la Administración por sobre los preceptos y principios que gobiernan la tributación en su conjunto, adjudicando esta actitud a un afán meramente recaudatorio desprovisto de toda otra consideración que hiciera a la relación jurídico-tributaria.

Estos avances y proyectos tienen como contrapartida el avasallamiento de los derechos y garantías fundamentales del contribuyente a través de la conformación y perfeccionamiento del Estado “protector” y unitario, o como mejor lo expresa CARNELUTTI⁵, “componedor de conflictos”.

Esta idea se asienta en la arrogancia de adjudicarse una facultad omnímoda de tutela suprajurídica; de esta forma, se permite el desconocimiento absoluto de los principios de orden constitucional que gobiernan la relación jurídico-tributaria y la autonomía estructural y dogmática del derecho tributario. Ignora la calidad

⁵ CARNELUTTI FRANCESCO, citado por RAMÓN VALDÉS COSTA en “CURSO DE DERECHO TRIBUTARIO”, Segunda Edición, Editoriales Depalma-Temis-Marcial Pons, Buenos Aires-Santa Fé de Bogotá-Madrid, 1996, página 223. Este autor parafrasea a CARNELUTTI sobre los significados de la voz “Estado” : “tiene dos significados diversos, entre los cuales, quien no distinga cada uno de ellos, está en continuo peligro de equívoco: Una es el Estado como “expresión subjetiva del derecho (objetivo), otra el Estado como “sujeto de una relación jurídica”; en el primer sentido, el Estado es “soberano”, en el segundo, es súbdito, esto es, vinculado al derecho, en el primer sentido, el Estado es *super partes* (componedor del conflicto), en el segundo es *inter partes* (una de las partes cuyo conflicto de intereses es solucionado por el derecho)

del Estado como “sujeto de dicha relación jurídica” y por lo tanto una de las partes del conflicto de intereses, conflicto, que es solucionado por el derecho.

La sujeción frente a la tecnología tributaria

Pero, lo que resulta crucial en este contexto de la relación jurídica, es la irrupción e introducción de los avances tecnológicos y en especial de la “tecnología tributaria” y su consideración como factor de poder.

La tecnología a pesar de mostrarse como una instancia neutral, encarna formas de poder y de autoridad y aún en su diseño, se pueden encontrar pautas que van a ordenar la vida social de muy diferentes maneras. Cuando se intenta imponer una ideología que cambia en algo nuestras vidas reaccionamos ante lo que entendemos como una amenaza, pero la tecnología puede hacer esa misma labor presentándose como si fuere apolítica. De allí que las tecnologías en forma de instrumentación tienen la misma característica que las leyes: tienden a perdurar.

Hace ya unos años que los distintos organismos fiscales en el ámbito mundial y en lo que nos compete: el ámbito americano, han provocado una verdadera revolución tecnológica, transformando a la relación de personal y directa a la que podemos denominar de “papel y mostrador” en una compleja relación informática.

La expansión de la relación jurídica, la multiplicación de obligaciones formales y el camino hacia la consolidación de la relación informática ha adquirido tal magnitud que, para ordenar cada una de las normas y aspectos de esta nueva relación, se necesita consolidar a través de muchas tareas de recopilación una innumerable cantidad de situaciones que implican presentación de archivos

magnéticos o transferencias de datos o consultas vía internet; o sea completos sistemas informáticos que acumulan, transportan y manejan millones de datos.

Es más, hay evidencias contundentes sobre esta transformación de la relación tributaria en una relación digital.

Como un ejemplo destacado podemos mencionar que, como uno de los productos de las actividades desarrolladas en el “Foro Internacional de Tributación Digital Conexión 2015” llevado a cabo en la Ciudad de México (DF) entre el 25 y 26 de agosto de 2015, el Servicio de Administración Tributaria (SAT) y la Asociación Mexicana de Proveedores Autorizados de Certificación (Amexipac), presentaron el libro *“La nueva administración tributaria en México: El ADN digital, eje de transformación de los servicios tributarios”*.

Aristóteles Núñez Sánchez, Jefe del SAT, señaló que en esta segunda edición de la obra se detalla la evolución de la autoridad fiscal, desde la inscripción al Registro Federal de Contribuyentes, la presentación de declaraciones, uso de la contabilidad y factura electrónica, hasta llegar al buzón tributario y auditorías electrónicas, y explica con una manera sencilla de entender lo que la autoridad fiscal ha hecho en materia tecnológica en los últimos años.

En este sentido, detalló que la estructura del libro permite identificar el ciclo tributario, ya que consta de nueve capítulos: I. La nueva administración tributaria en México, II. Registro Federal de Contribuyentes, III. Factura electrónica, IV. Contabilidad electrónica, V. Declaraciones y pagos, VI. Facilitando obligaciones

al contribuyente en segmentos específicos, VII. Buzón tributario, VIII. Revisiones electrónicas y IX. 2015, Nuevas tendencias.

En la edición del libro que, es exclusivamente electrónica, se agregó el capítulo Buzón Tributario, el cual, dijo, es imperativo para tener una comunicación directa con 49.6 millones de contribuyentes, en beneficio de la autoridad y del contribuyente, permitiendo una comunicación más directa y de fácil acceso.

Mientras tanto, Jorge López Chapa, presidente de Amexipac, comentó que la apertura del SAT con los proveedores autorizados de certificación ha sido un pilar fundamental para que la innovación que actualmente hay, haga que la autoridad fiscal se cristalice. Se intentaba que estas empresas continuaran siendo parte esencial para lograr que los trámites fueran más ágiles y optimizar los procesos.

Este ejemplo nos demuestra claramente que la relación tributaria es actualmente y para el futuro una relación informática y tecnológicamente comandada.

Estas evidencias nos permiten también esclarecer que, unido a la conformación de un sistema completo de intercambio y consolidación informativa, existe, por supuesto, todo un sistema represivo destinado a castigar como conductas reprochables el incumplimiento de deberes formales, digámoslo ahora, de todo tipo. Ante este avance de la tecnología informática tributaria, cabe preguntar: ¿No constituye realmente un exceso de la administración, la reproducción

geométrica de deberes formales?; y en todo caso ¿Existen garantías que permitan contrarrestar este avance del poder administrador?

Por supuesto, nuestra propia evidencia nos coloca directamente en esa misma situación. En los últimos años todas las administraciones tributarias a lo largo del país y con mayor énfasis la administración nacional han avanzado en la tecnificación de la relación tributaria.

Claros ejemplos de ello son la cantidad relaciones tecnológicas que se han plasmado. Hemos de mencionar una cantidad de ellas, sin que necesariamente se agote en esta mención la totalidad de los medios informáticas: mecanismos de declaración jurada digital como el impuesto a las ganancias personas físicas y bienes personales a partir de las declaraciones juradas por el ejercicio 2017 y hasta la actualidad con sistemas ya perfeccionados; las declaraciones juradas de aportes y contribuciones sobre la nómina salarial con prácticamente la totalidad de los empleadores en el sistema de “DDJJ on line”, denominada esta forma declarativa como “DDJJ proforma”, lo que en los hechos la transforma en el método de declaración administrativa del tributo. En este mismo campo se acaba de generar la posibilidad de adherir voluntariamente al “Libro de Sueldos Digital”, unificando de esa forma toda la relación tributaria de la seguridad social en totalmente integrada desde, la consolidación de las bases de datos del

empleador, del trabajador, el libro de sueldos digital, la declaración jurada y hasta la emisión digital del certificado de remuneraciones y aportes.

En el plano digital de las declaraciones juradas, se encuentra en proyecto (y avanzando) el “libro de IVA digital”, lo que –obviamente- preanuncia en breve la digitalización de la DDJJ por medios digitales.

Se estima que, en muy poco tiempo todos los soportes declarativos, como proyección del mecanismo autodeterminativo, ahora a través de la forma digital, transformarán a esa forma tradicional (y cimentada) del vínculo jurídico tributario y desaparecerá en forma definitiva a favor de liquidación administrativa. Los contribuyentes y responsables, casi sin advertirlo irán proporcionando todos los datos necesarios para la conformación de la relación sustantiva, e incluso sin proporcionarlos en forma directa serán ubicados en la innumerable cantidad de bases de datos conocidas o no donde circulan los datos personales.

Pero también la relación jurídica se encuentra invadida por otros mecanismos a los que se menciona como “algorítmicos” y que, en realidad son sistemas de calificación de riesgo; más precisamente, de categorización de contribuyentes. Ejemplo patético de estos sistemas de calificación de riesgo es el conocido como “SIPER” (Sistema de Percepción de Riesgo) que le asigna categorías a los contribuyentes según cierta combinación de datos y los consolida para establecer dicha categorización

Estos sistemas son utilizados, en la práctica realidad, para vulnerar y disminuir los derechos del contribuyente, tanto desde el punto de vista sustantivo (limitar la posibilidad de obtener mejores condiciones en regímenes de facilidades de

pago, por ejemplo), como desde el punto de vista procesal: es imposible informarse de la conformación de datos que terminan por asignar la categoría como cambiarla, quedando solamente la forma residual de apelación prevista por art. 74 del decreto reglamentario de la ley de procedimiento fiscal.

Como corolario a todas estas evidencias y pensamientos se propone una discusión –tal vez más profunda- que se refiere a la introducción en la materia tributaria de la teoría de los intereses difusos o de incidencia colectiva, los que, en forma general, en otras ramas y en ya muchos plexos constitucionales han tenido recepción para la defensa de ciertos intereses colectivos o de grupo.

¿No es acaso el contribuyente, sometido a controles y requerimientos informáticos un consumidor de tecnología extraña y muchas veces incontrolable?

¿No merece el contribuyente una protección adicional de orden constitucional por verse sometido a la tecnología?

Proponemos entonces el paso de lo declamativo a lo efectivo.

Los principios y garantías constitucionales

Sería repetitivo y hasta inapropiado, pretender en este trabajo una descripción y tratamiento de los principios constitucionales que ordenan la tributación, sobre todo, teniendo en cuenta la cantidad y excelencia de los tratadistas que se han dedicado al tema; pero baste decir, que -necesariamente- deben efectuarse

algunas menciones y reflexiones para arribar a los objetivos que nos hemos propuesto.

Como una de las premisas será la reafirmación de dichos principios y a la postre, las distintas formas de efectivizarlos y garantizarlos, creemos, que para comenzar, se debe realizar una detención obligatoria en algunas disquisiciones sobre lo que se identifica como Derecho Constitucional Tributario.

Spisso lo define como *“... el conjunto de normas y principios constitucionales que gobiernan la tributación. Es la parte del derecho constitucional que regula el fenómeno financiero que se produce con motivo de las detracciones de riqueza de los particulares en favor del Estado, impuestas coactivamente, que hacen a la subsistencia de éste, que la Constitución organiza, y al orden, gobierno y permanencia de la sociedad cuya viabilidad ella procura”*; agregando a continuación que quedan comprendidas en él diversas materias entre las que incluye: *“...e) garantías que aseguren la efectiva vigencia de los derechos de los contribuyentes...”*⁶ .

A esta definición pueden agregarse las ideas volcadas por Villegas⁷, quien enunciando a De la Garza expresa: *“...En otras palabras y al decir de De la*

⁶ Rodolfo R. Spisso, “Derecho Constitucional Tributario”, Editorial Depalma, Buenos Aires 1993, página 1

⁷ Héctor B. Villegas, “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 3º Edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, página 177

Garza: Normas que especifican quiénes ejercen la potestad tributaria, en que forma y dentro de que límites temporales y espaciales...

La pregunta es entonces, ¿cómo surgen y cuál es la traslación positiva de dichos principios en la relación jurídica tributaria?, fundamentalmente en lo que hace a los derechos de los contribuyentes.

Tal vez para contestar esta pregunta deberíamos primero detenernos en las ideas de constitución formal y material; porque a la postre, la pregunta final es aquella que se formulara (casi en sentido afirmativo) Buitrago⁸: *“...Resulta imperativo establecer si aquellas garantías constituyen medios idóneos o eficaces en la realidad...”*

La eficacia de los medios para la defensa de los derechos legítimos es lo que realmente desvela a todos los que indagan en el tema. Esto es lo que tenemos bajo análisis y lo que resultará en una nueva visión, tanto de los derechos que asisten al contribuyente como de las garantías para su salvaguarda y defensa.

Constitución formal y material

Bidart Campos expresa que la constitución formal está *“...definida por la forma externa de la codificación normativa...”*⁹ y deduce que la constitución formal *“...pone el acento fundamentalmente en el aspecto normativo. Se trata de un conjunto sistematizado de normas”*¹⁰. En tanto, manifiesta que el concepto de

⁸ Ignacio J. Buitrago, “Algo más sobre el principio de legalidad tributaria”, Revista “La Información”, Editorial Cangallo, N° 779-T 70, Noviembre de 1994, página 1115

⁹ Germán J. Bidart Campos, “Manual de Derecho Constitucional”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1974, página 31

¹⁰ Op. cit., página 14

constitución material o real “...remite a la noción de constitución vigente o eficaz, es decir a la que funciona efectivamente como derecho positivo y actual...”¹¹

Zarini¹², abstrayéndose de las consideraciones dogmáticas acerca de los enunciados de constitución formal y material, refiere que nuestra Carta Magna reúne tales características: formal, por cuanto “...es el conjunto sistematizado de normas escritas en un cuerpo único, que se considera superley porque es supremo y producto del poder constituyente, superior al poder constituido...”, y material, porque “...sus disposiciones importan la organización y el funcionamiento real del Estado, de conformidad con la normalidad social...”

Tal cual se encuentra dispuesta nuestra Carta Fundamental, se enuncian en la PRIMERA PARTE, Capítulos I y II, las “Declaraciones, Derechos y Garantías” y los “Nuevos Derechos y Garantías”, respectivamente; obviamente los derechos y garantías subjetivos y los principios que gobiernan la tributación surgen de esta “PRIMERA PARTE”, con la necesaria armonización que emana de las otras disposiciones constitucionales, como por ejemplo, en lo que se refiere a las atribuciones de los distintos poderes, a la jerarquía y a la razonabilidad de las normas (**Art. 52; Art. 75, incisos 1., 2., y 22; Art. 99, incisos 2. y 3.**), entre otras.

Retomando a Bidart Campos, el prestigioso constitucionalista observa que en el orden normativo de la constitución formal existen normas, principios de normas y los llamados criterios de reparto que son “...pautas que el autor de la constitución no podría enunciar de otro modo, ni sustituir por normas o principios

¹¹ Op. cit. página 14

¹² Helio Juan Zarini, “Constitución Argentina -Comentada y Concordada-“, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, página 3

de normas...”; y ejemplifica que “...un típico criterio de reparto está dado por el artículo 19 de la constitución, en la parte que consigna: *nadie puede ser obligado a lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe...*”¹³

Calificada doctrina¹⁴, ubica, a esta pauta del art. 19 como fuente del principio de legalidad en materia tributaria, otros autores¹⁵, en tanto, armonizan y complementan estas pautas con aquellas que surgen -a su vez- de los artículos 4º, 17 y 75 inciso 2. de nuestra constitución, entre otros. Sea cual fuere su fuente, a los ojos de Spisso¹⁶, este principio es el que revela la mayor discrepancia entre la constitución formal y material, cuando expresa que: “...*En el ámbito tributario existen notorias desviaciones que implican una clara trasgresión a las normas de la constitución formal. Así verbigracia,..la declinación al principio de legalidad, en que se ha llegado al extremo de sancionar impuestos por decreto y hasta por circular del Banco Central de la República Argentina...*”¹⁷

La ilación de los pensamientos expuestos nos lleva a la convicción de que, bien sean los derechos y garantías expresados, criterios o normas programáticas, terminan en una construcción dogmática que orienta al derecho constitucional

¹³ Op., cit., página 40

¹⁴ Carlos María Giuliani Fonrouge, Rubén Asorey; entre otros

¹⁵ Esteban Urresti, Arístides Corti; entre otros

¹⁶ Rodolfo R. Spisso, Op. Cit., página 5

¹⁷ El autor cita el decreto 560/89, convalidado más tarde por la Ley 23.767, y las Circulares del Banco Central en materia de control de cambios, que en muchos casos implican la aplicación de verdaderas contribuciones

tributario y al derecho tributario material y formal, el que muchas veces se convierte en receptor de condiciones negativas en cuanto a su aplicación ideal.

Ello se encuentra ratificado por Spisso¹⁸ cuando, una vez más, anuncia convencido con relación a la aplicación positiva de los principios de igualdad y razonabilidad que:

“... El principio de igualdad, como base de los impuestos y las cargas públicas (art. 16), unido a la razonabilidad de las leyes (art. 28 C.N.), de haber sido adoptados debidamente por las normas positivas reglamentarias de los derechos constitucionales, sin duda alguna nos habrían evitado los infortunios actuales...”

Debemos a Luqui¹⁹, asimismo, la idea de que las garantías constitucionales conforman un sistema de tal forma que *“...no pueden ni deben ser consideradas en forma aislada o separada una de las otras; existe entre ellas una muy íntima vinculación, como que todas ellas miran a la libertad del individuo...”*

No se desconoce ni por un momento el papel y la misión que tiene en el Estado de Derecho la tutela jurisdiccional efectiva, que con su intervención logra la armonía, el restablecimiento y la reparación de las garantías y derechos de orden constitucional, pero muchas veces, la doctrina se ha preguntado si basta la existencia del derecho jurídico para poner coto a las ambiciones hegemónicas que demuestra el Estado, a contrapelo de la valoración de la verdadera relación jurídica que lo une con los particulares y a la que desconoce o vulnera sistemáticamente; y este no es un problema de “gobierno” es un problema de

¹⁸ Rodolfo Spisso, Op. Cit., página 14

¹⁹ Juan Carlos Luqui, “Derecho Constitucional Tributario”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, página 46 y subs.

poder, porque distintas administraciones a su turno y en todos los rincones del planeta han avanzado más allá de sus verdaderas facultades constitucionales.

Queremos terminar este punto con las palabras de Zarini²⁰: *“...El constitucionalismo contemporáneo ha comprendido que no basta con escribir en los textos fundamentales una serie de derechos, sino también deben crearse una serie de garantías para asegurarlos y hacerlos efectivos en la realidad. La violación de la libertad y de los demás derechos, provenga del Estado, de las asociaciones intermedias o de los individuos particulares, no se detiene ante la norma escrita de una declaración constitucional...”*.

Tal vez, la contestación a una de las primeras preguntas que formuláramos, acerca de la incorporación positiva de los derechos y garantías constitucionales en la normativa tributaria, sería que estamos en presencia de verdaderos derechos “esculpidos” por la doctrina y la jurisprudencia; nadie se atreve a desconocer su nobleza y magnificencia, pero muchas veces ante la perspectiva de quien debe respetarlos parecen eso, sólo obras de arte dignas de contemplación.

Esto mismo nos hace recordar las reflexiones del recordado profesor Díaz²¹, en su enjundiosa crítica al proyecto de código tributario AFIP-BID 99, quien citando a Mordeglia dice que *“...para la defensa efectiva de los administrados no valen*

²⁰ Helio J. Zarini, Op. Cit, página 197.

²¹ Vicente Oscar Díaz, “La verdadera ideología del proyecto”, Periódico Económico Tributario, N° 181, 26 de mayo de 1999, páginas 1 a 4, citando al Dr. Roberto Mordeglia, Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, abril de 1999, Sección Doctrina.

los derechos sino lo que importa son las garantías con que cuentan los mismos...”

Fundamentos desde el punto de vista de “los nuevos derechos y garantías”

Decían Gottschau y Aberastury que a partir del constitucionalismo moderno, iniciado a fines del siglo XVIII, se estableció como un fin del Estado y de su organización, la defensa de los derechos y libertades del hombre. Observan que esas constituciones modernas suelen contener una enumeración de declaraciones, derechos y garantías; pudiendo denominarse genéricamente a la “declaración” como la exteriorización de los principios superiores que animan a la Nación, mientras que los “derechos” constituyen libertades públicas aseguradas a los ciudadanos y habitantes y las “garantías” son todas aquellas herramientas de protección de derechos y libertades.²²

Como ya expresáramos en el punto anterior los principios de la tributación y los derechos y garantías que asisten a los contribuyentes surgen - fundamentalmente- de la primera parte del texto constitucional conocida como “Declaraciones, Derechos y Garantías”.

Los derechos y garantías enunciados en esta primera parte son, al decir de Sagües ²³, derechos constitucionales de “primera generación”, *“...es decir los propios del constitucionalismo liberal...Se trata de derechos conferidos por lo común sólo a individuos...y son sustancialmente derechos contra el Estado...”*

El aclamado y declamado derecho a tener derechos universales se ha prestado a rejuvenecidas interpretaciones multiculturales, bajo el imperativo que los

²² Evelyn Gottschau y Pedro Aberastury, “Derecho a la recopilación de datos”, en “Poder Político y Libertad de Expresión”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2001, página 13.

²³ Néstor Pedro Sagües, op. cit., página 19

derechos: son progresivos, integrales, impostergables y se encuentran interrelacionados. Cada uno de estos derechos está basado en un derecho anterior. Los llamados derechos de primera generación, es decir los derechos civiles (Siglo XVIII) y políticos (Siglo XIX), constituyen los derechos que respaldan la tradición liberal clásica, promovidos por la revolución americana en 1776 y por la revolución francesa en 1789; son aquellos que inciden sobre la expresión de libertad de los individuos²⁴. Estos derechos están recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²⁵ y los Pactos Internacionales de 1966, a saber: el de los Derechos Civiles y Políticos²⁶ y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷. El derecho a la dignidad de la persona y a su autonomía y libertad frente al Estado, su integridad física, las garantías procesales, son (entre otros) derechos que tienen soporte filosófico en

²⁴ El Estado Liberal surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico absolutista, de los siglos XVII y XVIII. Es decir, la forma de Estado que existía antes de la Revolución Francesa de 1789, era la del Estado Monárquico-Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano; porque el origen de su poder era de derecho divino, es decir Dios se lo otorgaba y sólo ante Dios respondía. Este era un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica. Esta forma de Estado tuvo su ejemplo más acabado en la famosa frase de Luis XIV: "El Estado soy yo". El liberalismo surge a partir de una crítica contundente al sistema monárquico-feudal; este liberalismo original tenía no solo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Los pensadores o ideólogos fueron (ya bien se los sitúe desde las perspectivas políticas, económicas o filosóficas): Juan Jacobo Rosseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Adam Smith, David Ricardo, Malthus, John Locke, Hobbes, etc. El liberalismo establece una dualidad entre el Estado y la sociedad. Tal dualismo se expresa en las siguientes ideas: (i) El Estado y la sociedad se conciben como sistemas autónomos claramente discernibles entre sí, dotados ambos de su propia racionalidad, con límites claramente establecidos; (ii) la sociedad se autodetermina, en una ordenación natural que obedece a sus propias leyes de funcionamiento. El Estado es creación artificial, instrumento histórico de acción humana; (iii) el libre funcionamiento de la sociedad supone la salvaguardia de unos derechos que se entienden como inalienables y anteriores al Estado; (iv) el Estado se concibe como el responsable de la prosperidad y el bienestar, ellos se revelan como consecuencia automática de la libre competencia de las fuerzas sociales.

²⁵ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948

²⁶ Adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la Ciudad de Nueva Cork el 19 de diciembre de 1966

²⁷ Adoptado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conjuntamente con el de los Derechos Civiles y Políticos.

la ilustración y las teorías del contrato social.²⁸ Fueron el constitucionalismo y el liberalismo progresista quienes impulsaron la inclusión de tales derechos en las constituciones de los estados nacionales europeos durante el siglo XIX, favoreciendo de ese modo la universalización de los derechos civiles y políticos básicos. Esta creación e inclusión tendía a limitar el poder del estado frente a los individuos, estableciendo un equilibrio entre institución y ciudadano.

La evolución del constitucionalismo moderno ha producido en los distintos Estados reformas que han incluido los llamados por Sagües derechos de segunda y tercera generación que se deben más, a la condición del individuo como integrante de grupos sociales (de allí -por ejemplo- la denominación Constitucionalismo Social). Este repertorio de derechos abarca desde la condición como trabajador, la protección de la familia, los alcances de la seguridad social, la protección ambiental y en general, a derechos que tienen en mira a grupos sociales y –en proyección- a la sociedad toda.

Los derechos de segunda generación se incorporan a partir de una tradición de pensamiento humanista y socialista; son de naturaleza económica y social e inciden sobre la expresión de igualdad de los individuos. Los ya mencionados derechos de primera generación defendían a los ciudadanos frente al poder del Estado, pero ahora (al mismo Estado) se le exige cierta intervención para garantizar un acceso igualitario a los derechos enunciados, es decir, para

²⁸ El contrato social, plasmado fundamentalmente a través de la obra del mismo nombre de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), es considerado como inicio de las ideas democráticas y cabecera de los revolucionarios de 1789. Otros estudiosos lo señalan como el libro base del marxismo.

compensar las desigualdades naturales, caracterizadas por las diferencias sociales de los individuos, en algunos casos desde su propio nacimiento.

Se pide así que el estado garantice el acceso a la educación, al trabajo, la salud, la protección social; creando las condiciones sociales que posibiliten un ejercicio real de las libertades en una sociedad en la que no todos los hombres nacen iguales. La universalización de los derechos políticos (asegurados por la primera generación) permitió que, a través del sufragio y el reformismo social las constituciones liberales del siglo XIX pudieran incorporar estos derechos de segunda generación.

El movimiento obrero y las ideologías de corte internacionalista impulsaron definitivamente la conciencia de la necesidad de extender a todos los ciudadanos y de forma progresiva los derechos sociales.

Una primera etapa de inclusión de tales derechos en nuestra Carta Magna se debe a la reforma de 1957, representados por la inserción del artículo 14 bis²⁹.

Más recientemente, la reforma constitucional del año 1994³⁰ incorpora un

²⁹ "Art. 14 bis. (Derechos Sociales)- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con la participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."

³⁰ La Asamblea inició sus sesiones el 25 de mayo de 1994 y las concluyó el 22 de agosto del mismo año. El nuevo texto fue publicado en el Boletín Oficial del 23 de agosto de 1994, tuvo una fe de erratas en la edición del 24/8, y se juró este último día en el Palacio San José (Entre Ríos). El nuevo texto ordenado constitucional se dio por Ley N° 24.430. sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de enero de 1995.

Segundo Capítulo a esta Primera Parte denominado “Nuevos Derechos y Garantías”. Producto de esta reforma, lucen en el artículo 42 los denominados derechos “del consumidor y el usuario”, incluyendo la mención respecto de que, la legislación deberá establecer procedimientos eficaces para la solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales y provinciales, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios (último párrafo) y en el artículo 43, los mencionados como “derechos de incidencia colectiva”, entre los que se incluyen el acceso a acciones expeditas como el amparo, el habeas data y el habeas corpus, resaltando lo reservado por el segundo párrafo del este artículo, en el que se recoge e instituye la acción de “amparo colectivo”.

Recurriendo nuevamente a Gottschau y Aberastury en cuanto a la diferenciación entre derechos y garantías, nos expresaban (parafraseando a Germán Bidart Campos) que: según la doctrina clásica las garantías son instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de personas para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos y sólo dan origen a pretensiones que el hombre puede hacer valer frente al Estado exclusivamente. Ante la existencia de un derecho, la carencia de garantías significaría el fin o la negación del derecho lo que a su vez derivaría en un Estado totalitario y despótico. Un derecho sin garantías es un derecho que, en la práctica, resulta inexistente y, por fin, que la plena vigencia de las garantías

constituye la herramienta idónea que se le otorga al particular para que pueda ejercer los derechos constitucionales previstos en la norma fundamental.³¹

La introducción formal (o el perfeccionamiento) de la acción de amparo, conjuntamente con las ya enunciadas de habeas data y habeas corpus revela un plexo ordenado de garantías o que esta recepción constitucional han dejado de formar parte de una garantía, para representar la exteriorización de un derecho de tutela, pero lo cierto es que estos institutos proveen formas de reconocimiento y aseguramiento de derechos de incidencia colectiva.

Estas normas proveen una cantidad de derechos en el rango de los “*derechos sustanciales*” y “*derechos primarios fundamentales*”. Se puede decir que esta gama de derechos apunta (por un lado) a la protección de consumidores y usuarios, tanto de la salud y el bienestar, como de sus intereses económicos como grupo, asegurándoles igualdad de condiciones y acceso a la educación para el consumo; y por el otro, en consonancia con el art. 86 (Defensor del Pueblo) a la protección de todos los denominados derechos de incidencia colectiva, entre los que se encuentran incluidos, aquellos derivados de actos u omisiones producidos por la Administración en el ejercicio de sus funciones públicas.

Respecto del derecho a la intimidad. Planteamiento del tema fondal

Entrando en este punto al texto constitucional (reforma de 1994 mediante) y en lo que a la postre, constituirá uno de los puntos central de nuestra indagación,

³¹ Evelyn Gottschau y Pedro Aberastury, op. cit. , página 15.

se involucran y relacionan esencialmente dos bloques de derechos: los atinentes a la propiedad y los que definen la dignidad humana.

El alcance de ambos derechos, con relación directa a la obligación positiva de los Estados de procurar la evolución progresiva, hacia la plena vigencia de los derechos fundamentales, implica un objetivo directamente vinculado con la protección de las esferas de libertad más intensamente amenazadas.³²

Es así como el contenido de los derechos individuales no se agota actualmente en su conceptualización tradicional; o sea, en un sentido negativo o preventivo de eventuales interferencias entre el Estado en la esfera de la existencia individual, habiéndose desarrollado una significación positiva que implica la protección de las libertades, conforme las modalidades que al ejercitarlas les imprima su titular.

La necesaria coordinación entre los derechos en su fase activa es, precisamente, uno de los problemas que se ha suscitado al tratar de vincular el instituto ahora incorporado a una importante cantidad de textos, que es el habeas data, con los

³² Hesse Conrado, "Significado de los Derechos Fundamentales", Editorial Marcial Pons, Madrid 1996, página 90

derechos constitucionales fuertemente protegidos como la propiedad y la intimidad.³³

Inserción del derecho a la intimidad en el esquema general de los derechos fundamentales.

Las constituciones nacidas bajo el signo del liberalismo no contienen en general declaraciones sobre la intimidad del hombre porque no constituía antaño un asunto de la incumbencia del Estado.

Ciertamente el Estado liberal de derecho plantea normativamente la premisa filosófica de la abstención, de modo que la dignidad humana será mejor garantizada bajo condiciones de mayor libertad.³⁴

Cuando con el triunfo de las revoluciones francesa y norteamericana se inicia el proceso de positivización de los derechos humanos, la intención es elaborar un

³³ Adelina Loiano, "La Defensa de la Intimidad y de los Datos Personales a través del habeas data", Coordinador Osvaldo A. Gozaini, Editorial Ediar, Buenos Aires 2001, página 14.

³⁴ El Estado Liberal surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico absolutista, de los siglos XVII y XVIII. Es decir, la forma de Estado que existía antes de la Revolución Francesa de 1789, era la del Estado Monárquico-Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano; porque el origen de su poder era de derecho divino, es decir Dios se lo otorgaba y sólo ante Dios respondía. Este era un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica. Esta forma de Estado tuvo su ejemplo más acabado en la famosa frase de Luis XIV: "El Estado soy yo". El liberalismo surge a partir de una crítica contundente al sistema monárquico-feudal; este liberalismo original tenía no solo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Los pensadores o ideólogos fueron (ya bien se los sitúe desde las perspectivas políticas, económicas o filosóficas): Juan Jacobo Rosseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Adam Smith, David Ricardo, Malthus, John Locke, Hobbes, etc. El liberalismo establece una dualidad entre el Estado y la sociedad. Tal dualismo se expresa en las siguientes ideas: (i) El Estado y la sociedad se conciben como sistemas autónomos claramente discernibles entre sí, dotados ambos de su propia racionalidad, con límites claramente establecidos; (ii) la sociedad se autodetermina, en una ordenación natural que obedece a sus propias leyes de funcionamiento. El Estado es creación artificial, instrumento histórico de acción humana; (iii) el libre funcionamiento de la sociedad supone la salvaguardia de unos derechos que se entienden como inalienables y anteriores al Estado; (iv) el Estado se concibe como el responsable de la prosperidad y el bienestar, ellos se revelan como consecuencia automática de la libre competencia de las fuerzas sociales.

instrumento técnico para la protección de los intereses patrimoniales de los individuos, especialmente la propiedad.

En este contexto no aparece como extraño que la propia personalidad no pueda ser objeto de derechos, planteamiento que implica en la práctica la desprotección de las manifestaciones más íntimamente vinculadas a lo subjetivo.

Existen diversas opiniones acerca de la aparición histórica del concepto de intimidad como ámbito de reserva personal, demandante de una especial protección jurídica.

En España, Truyol y Serra y Ramón Villanueva Etcheverría han encontrado las bases de la intimidad como derecho en las ideas del cristianismo. Pérez Luño contrapone que, allí puede ubicarse la intimidad como “*autoconciencia de subjetividad*” pero no como conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular³⁵. Para este autor el concepto se halla profundamente ligado al nacimiento de la burguesía y su aspiración de acceder a lo que antes había sido privilegio de pocos (este es el sentido sigue Jurgen Habermas, en 1966). La raíz teórica la ubica en Thomasio y Kant quienes hablan de un fuero interno situado al margen tanto de la esfera estatal como del resto de las relaciones comunitarias³⁶.

Creemos con Pérez Luño y Benda, que el concepto de *privacy* tuvo un presupuesto teórico inmediato en las ideas de Stuart Mill sobre la libertad, como autonomía individual³⁷. En su libro “On Liberty” escrito en 1859 desarrolló ideas respecto a la absoluta autonomía de las conductas concernientes sólo al

³⁵ Pérez Luño, Antonio E.: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, 1991, pág.321.

³⁶Pérez Luño, Antonio: Ob. Cit. pág. 322.

³⁷ Benda, Ernesto: “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad” en *Manual de Derecho Constitucional* de Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. Marcial Pons, p. 118. Pérez Luño: ob. Cit., p. 322.

individuo, admitiendo el control jurídico exclusivamente cuando los comportamientos entrañen derechos y responsabilidades sociales.

En el año de 1890 Samuel Warren y Louis Brandeis elaboraron los fundamentos constitucionales de la noción de privacidad en un artículo publicado en “Harvard Law Review” donde quedó definida como un derecho a la soledad (“right to be let alone”). En su opinión, el ámbito de los derechos se ha ido ensanchando de manera que el derecho a la vida implica el de no ser molestado, surgiendo la necesidad de algún tipo de protección legal³⁸. En ese trabajo se estableció que las personas deben tener una real protección en la esfera de su intimidad, dadas las nuevas condiciones de la vida moderna que la dejan expuesta a la “invasión de una prensa demasiado pujante” (en novedosa referencia a la invasión de la intimidad de los medios)³⁹.

La incidencia de la intimidad como integradora del concepto de autonomía individual del derecho norteamericano, se plasmó en la mayoría de las constituciones americanas que siguieron su modelo.

En el caso de nuestra Constitución, el art. 19 consagró el derecho a la intimidad o privacidad bajo el principio de “*reserva de la autonomía personal*”, siguiendo el patrón de la Constitución de los Estados Unidos.

A su vez, el art. 18 específicamente regula la protección de la correspondencia y los papeles privados. La época en que fue redactada la Constitución histórica impidió considerar otros aspectos relacionados con la privacidad, pero la reforma constitucional de 1994 integró nuevos contenidos al asignar jerarquía

³⁸ Warren, Samuel y Brandeis, Louis: *El Derecho a la Intimidad*. Traducción de Pilar Baselga. Cuadernos Civitas. 1995, p. 22.

³⁹ Warren y Brandeis: ob. Cit., p. 46

constitucional a los Tratados sobre derechos humanos citados en el art. 75 inciso 22 y con la incorporación de los derechos de tercera generación, como el del “*habeas data*”, en el art. 43.

El constitucionalismo social

Como se dijo, el postulado del estado social del derecho veda en la actualidad una interpretación puramente individualista de las normas fundamentales. No basta con que el Estado se autolimite, en el sentido de reservar al individuo un margen suficiente de libertad, permitiéndole su desarrollo personal. Bajo las condiciones de la sociedad moderna, en plena ejecución de algunos derechos fundamentales, se constituye en necesaria la prestación del Estado.

Es así como en el contexto de las constituciones modernas, europeas y americanas, la intimidad considerada como privilegio o facultad individual no se agota en la protección frente a cualquier intromisión injustificada, adquiriendo – en realidad- el carácter de valor fundamental del ser humano.

Este criterio se asienta en la concepción de que los textos Constitucionales, representan ordenamientos garantizadores de un sistema material de valores a cuya realización se comprometen. Ello se observa claramente en la norma fundamental alemana en tanto el art. 1º hace de ese objetivo el principio

constitutivo fundamental de la constitución, al reconocer la protección de la libertad y la dignidad humana como fin supremo de todo derecho.⁴⁰

En similar sentido, el art. 10 apartado 1. de la Constitución Española⁴¹ declara la dignidad de la persona y sus derechos inviolables como fundamento del orden político y de la paz social.⁴²

Con este perfil se producen algunas modificaciones en el concepto tradicional del derecho a la intimidad:

- La consagración constitucional de la privacidad, aparece involucrada en el concepto más amplio de la dignidad humana, junto con el derecho al honor y a la propia imagen. A su vez ésta se afianza como un valor superior a cuya realización se encuentra comprometido el ordenamiento constitucional.
- Se supera la consideración del derecho a la intimidad como un ámbito de tutela estrictamente individual y pasa a ser un derecho de la coexistencia. Rebasa así los límites estrictos de las libertades individuales para

⁴⁰ Ley Fundamental de la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, página 1 –BGNI III- 100-1), enmendada por la Ley del 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3129). “I. Derechos Fundamentales.- Artículo 1º.- (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo...”

⁴¹ Texto constitucional aprobado por las Cortes Constituyentes, en sesiones plenarias de ambas Cámaras, el 31 de octubre de 1978. El pueblo español a través del referéndum del 6 de diciembre de 1978, ratificó la Constitución.

⁴² Art. 10.1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

presentarse como condición de la existencia colectiva. La consecuencia es que su regulación jurídica no puede ignorar su necesaria dimensión social.

- La noción de intimidad adquiere un *papel ambivalente*. Por un lado, conservando su perfil original en cuanto ámbito de reserva frente a los poderes públicos respecto de informaciones relativas a cuestiones personales y económicas. Por el otro, desde una significación positiva que permite hacer realidad la autodeterminación del individuo y le permite reaccionar contra la acumulación de datos que le pertenecen y que, generalmente sin su consentimiento, se destinan al control de comportamientos o pueden ser usados con fines de discriminación.⁴³

El derecho internacional de los derechos humanos

Es evidente que la integración constitucional del derecho a la intimidad, en un concepto más abarcador que el elaborado por el constitucionalismo liberal, tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos, desde una teorización de los derechos de la personalidad a partir de la dignidad humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 12 excluye toda injerencia arbitraria en la vida privada, concepto que se reitera en el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el ámbito europeo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas lo regula en el art. 8.1.

En cuanto a la jurisprudencia supranacional, podemos mencionar las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de DH, en los casos “**Klass y otros**

⁴³ Perez Luño: *La Intimidad como Derecho Fundamental*. Ob. Cit., p. 324.

c/República Federal Alemana” (6/9/78) y “Dudgeon vs. Reino Unido” (22/10/81) donde mantuvo una doctrina uniforme en relación con la protección acordada por la Convención a las manifestaciones esencialmente privadas de la personalidad humana.⁴⁴

En América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo ha rozado el tema en la Opinión Consultiva N° 7/86 sobre la “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos”

Los contenidos del Derecho a la Intimidad

Como hemos visto, la intimidad alude al derecho obvio de todo individuo a rehusar que cualquiera, Estado o particulares, tengan acceso a la esfera interna de la persona. Ello se manifiesta en la disposición de una zona de reserva que no debe ser perturbada por nadie. El interrogante es entonces cuáles son las actitudes, las características, los elementos que constituyen el contenido de ese ámbito privado.

La discusión teórica en relación con los derechos de la personalidad, si se trata de un único derecho o de una pluralidad, es justificable si se tiene en cuenta que las nociones de intimidad y vida privada poseen una carga significativa de subjetividad.

Según Ernesto Benda “...*No se trata únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por un sentimiento de pudor natural (como se observa especialmente en la esfera de lo sexual), sino en el derecho a no tener que*

⁴⁴ Medina, Cecilia: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Edición propia, p. 106

develar defectos, particularidades o achaques físicos sin un motivo justificado. Lo mismo sucede con la fe y la conciencia y con toda expresión de la individualidad: aficiones, extravagancias, convicciones políticas o de otra naturaleza. Todos ellos son rasgos del carácter que constituyen la personalidad no intercambiable del hombre y que son precisamente el objeto de la curiosidad pública y privada..."⁴⁵

La doctrina germana, con Hubmann en primer lugar, ha identificado los contenidos de la privacidad, distinguiendo tres aspectos:

- a) La esfera de *lo secreto*, aquello que debe permanecer ignorado.
- b) *Lo íntimo* que forma parte de la vida privada y familiar.
- c) Aquello que atañe a *lo individual* de la persona (honor, nombre, imagen).

En nuestra jurisprudencia, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en la causa "**Ponzetti de Balbin c/Edit. Atlántida**" se pronunció respecto del contenido del derecho a la intimidad o privacidad, estimando que comprende: "...*sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental y física y en suma las acciones, hechos o datos que... están reservadas al propio individuo...*"⁴⁶

Para el derecho norteamericano y con fundamento en la cuarta enmienda, el concepto de *privacy* elaborado por la jurisprudencia comprende: "...*el derecho a*

⁴⁵ Benda Ernesto: *Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad* en Manual del derecho Constitucional de Benda, Maihofer y otros, ya citado, p. 129

⁴⁶ CSJN fallo "*Penzetti de Balbín Indalia c/Editorial Atlántida s/Daños y Perjuicios*" 11/12/94, Fallos 306:1892

la libertad personal o a permanecer apartado de la sociedad o de la observación de los demás pero asimismo... al reconocimiento de una esfera íntima y propia, a la intimidad del hogar, a la reserva de los diferentes ámbitos de existencia...”

Fue durante la posguerra que la consagración constitucional de la privacidad aparece relacionada con el concepto más amplio de dignidad humana y se afianza como valor superior a cuya realización se encuentra comprometido el orden constitucional.

Al mismo tiempo y como consecuencia de la superación del concepto de intimidad como ámbito de tutela estrictamente individual, se la identifica como un “*derecho de la coexistencia*” rebasando los límites estrictos de las libertades individuales para presentarse como “*condición de la existencia colectiva*”⁴⁷.

Nosotros entendemos que *la intimidad* es uno de los aspectos que hacen a la *dignidad humana* conjuntamente con los que identifican la *personalidad individual*. En ese marco, *la intimidad* se refiere tanto al territorio de *lo secreto* (lo que no debe ser conocido por los demás), como de *lo propiamente íntimo* (aquello que forma parte de la vida privada), en tanto que *lo individual* es todo aquello que define *la personalidad, la identidad* propia de la persona (su nombre, su honor, la nacionalidad, la imagen, la filiación).

Desde esta perspectiva pueden evidenciarse con mayor claridad las dos facetas que definen a la *dignidad humana* como valor superior y fin supremo de todo derecho: (i) Una faz negativa conformada por *la intimidad* (lo secreto, lo íntimo) que corresponde a la zona de reserva y (ii) una faz activa que se integra con las

⁴⁷ Pérez Luño: obt. cit., pág. 326.

características del individuo, que lo definen como tal y lo diferencian de los otros (nombre, honor, imagen, etc.).

Pero donde se identifica una distinción esencial entre intimidad e identidad personal es en las posibilidades de control respecto de las injerencias de terceros (particulares o Estado), ya que lo que hace a la intimidad se mantiene en principio en la clandestinidad salvo autorización expresa de su titular o afectación de derechos de terceros. Por el contrario, los bienes que pertenecen a la segunda son en principio de conocimiento público y solo aparece la necesidad de su garantía cuando sufren alguna injerencia de los demás que signifique algún tipo de apropiación o uso sin el consentimiento del “dueño” o “propietario”.

La intimidad como propiedad de sí mismo

En realidad no planteamos algo novedoso al decir que la intimidad, la privacidad, la identidad personal son también “derecho de propiedad”. Los autores ya mencionados, Warren y Brandeis en su clásica obra sobre la intimidad dijeron en 1890 que *“...el derecho a ser libre garantiza el ejercicio de un amplio haz de derechos subjetivos,’ y el término ‘propiedad’ abarca en su significado actual, todo tipo de derechos de dominio, tanto tangibles como intangibles...”*⁴⁸. En esa evolución *“el mayor aprecio de las sensaciones... hicieron ver al hombre que sólo una parte del dolor, del placer y del disfrute de la vida reside en las cosas. Pensamientos, emociones y sensaciones exigían su reconocimiento legal”*.

Sin embargo, ellos mismos encuentran alguna dificultad en asimilar la intimidad con el derecho de propiedad cuando analizan su ausencia de valor económico,

⁴⁸ Warren y Brandeis: ob. cit., pág. 22

que “...no reside en el derecho a obtener ganancias... sino en la tranquilidad del espíritu y en el alivio que proporciona impedir su publicación...”⁴⁹

Por el contrario, creemos que tanto la intimidad como la identidad personal poseen todos los atributos de la *propiedad* en la medida que constituyen bienes valiosos en si mismos, aún cuando no siempre pueda ese valor ponderarse en dinero. La evolución producida en las áreas de protección jurídica de la esfera más íntima de la persona humana justifica esta apreciación.

En todo caso las herramientas constitucionales que garantizan la propiedad son aplicables sin mayor dificultad, cuando el objetivo es salvaguardar la esfera más personal del individuo.

Nuevas formas de lesión a la intimidad

Uno de los aspectos más importantes en este tema es distinguir por donde pasa la línea divisoria, entre lo auténticamente privado y aquello que afecta los intereses de terceros. Fundamentalmente, el problema se manifiesta respecto de la incidencia que tienen en los ámbitos reservados a lo privado, los medios de prensa, la informática y en lo que a nuestra materia se refiere la intimidad económica, o lo que ya podríamos llamar la “*intimidad tributaria*”

Si en la actualidad resulta insuficiente concebir a la intimidad como un derecho de status negativo de defensa, frente a la probable intromisión de terceros, ello

⁴⁹ Warren y Brandeis: ob. cit., pág. 35

se muestra con mayor exigencia frente al flujo de informaciones concernientes al sujeto, relativas a su privacidad y a la definición de su propia persona.

Es así como pueden identificarse principalmente dos fuentes de intromisión:

a) *Los bancos informáticos de datos personales*, que frecuentemente abarcan zonas que debieran ser vedadas al conocimiento público por ser reservadas a la intimidad de las personas. La protección constitucional opera aquí garantizando la veracidad de los datos así como el control de la confidencialidad en lo relativo a *“datos sensibles”*.

El *habeas data* incorporado a la Constitución argentina a través del art. 43 actualiza en tal sentido el esquema histórico de garantías, legitimando a *“...toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y en caso o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad a actualización de aquéllos...”*

b) Los medios de prensa y las redes sociales, desde la perspectiva de la ofensiva de los multimedios sobre los espectadores, lectores u oyentes considerados

como consumidores y la difusión “viralizada” de datos a través de las redes sociales.

c) Los requerimientos de las Administraciones Públicas (en este caso la Administraciones Tributarias)

Aquí se ubican tres aspectos diferentes de lesión a la intimidad: 1) la que se produce a través de la intromisión o divulgación de la vida privada, 2) la que provoca la información como condicionante de conductas o ideologías, y 3) la vulneración de la intimidad a través del requerimiento de datos por parte de la Administración Fiscal

Requerimientos que puedan afectar derechos personalísimos o de intimidad de las personas

No resultaría contradictorio a la teoría del derecho tributario afirmar que, además del vínculo obligacional que caracteriza al tributo, constitutivo de la manifestación de poder público proyectado sobre el patrimonio de los ciudadanos, las restantes obligaciones inherentes a la relación jurídica (accesorias para algunos y participantes de la relación jurídica compleja para otros), representan –de algún modo- intromisiones o limitaciones a la libertad individual. Berliri se refería a este cúmulo de responsabilidades como obligaciones de “soportar”.

Desde una óptica científica, habría que preguntarse si la influencia del utilitarismo de Jeremy Bentham -teoría de la que supieron hacerse interpretaciones diversas, como en el caso de James Barr Ames, quien ya en 1906 decía: “...la ley es utilitaria. Existe para la realización de las necesidades razonables de la comunidad. Si el interés de un individuo es contrario a este

*objetivo principal de la ley, debe ser sacrificado...*⁵⁰, alcanza para explicar las relaciones estructuradas en el ámbito de la tributación; o si por el contrario la trascendencia de los derechos personales constitucionalmente garantizados debe ser preservada como parte sustancial del Estado de Derecho.

En el punto anterior tratamos de definir la naturaleza, ubicación y alcance de los derechos personalísimos, entendiendo que éstos encuentran su principal fuente y fundamento en el artículo 19 de nuestra Carta Magna en tanto, protege las acciones de los hombres que no ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a terceros. A partir de allí, deberán trazarse los caminos para encontrar la precisión entre las facultades inquisitorias y los límites que el ordenamiento jurídico positivo instala para la protección de los administrados.

Pueden servir de orientación en los aspectos específicos, las sabias reflexiones de Navarrine cuando observó –en su oportunidad- que ciertas leyes y decretos impositivos dictados violaban el derecho a la intimidad de los contribuyentes cuando degradaban el secreto fiscal⁵¹; o como observaban Carlén y Comba en la oportunidad que, a través de un “aplicativo” se pretendió instrumentar la obligación de discriminar la composición del monto consumido. El primero de los nombrados expresó: “...podemos afirmar sin temor a equivocarnos que cuando el Fisco pretende el desglose cualitativo del monto consumido, vulnera el derecho a la intimidad del administrado...”⁵²; en tanto, Comba indicaba desde su

⁵⁰ “Law and Morals”, en “Harvard Law Review”, N° 22, 1908, páginas 97 y 110

⁵¹ Navarrine Camila Susana; “La información que da la DGI sobre el impuesto de los contribuyentes transformó en una utopía el secreto fiscal, violentando el derecho a la intimidad”; Periódico Económico Tributario, N° 28, 1992

⁵² Charlen Roberto A.; “Monto Consumido. Su desglose conceptual”; Práctica y Actualidad Tributaria; Ed. Errepar, Marzo de 2000

óptica que: “...solicitar tal análisis aparece como un presunto exceso, alejado del principio de razonabilidad...”⁵³

Una visión interesante aporta Superti cuando entiende que en el tratamiento de las excepciones en relación con el derecho a la intimidad se deben considerar dos niveles: uno al que define como de “*intimidad privilegiada*” y respecto del cual prácticamente no existen excepciones, cuando el Estado pretende ingresar a él a los fines de la obtención de pruebas; al otro, lo identifica como el de la “*intimidad genérica*”, donde se instalan la morada, los papeles privados y las comunicaciones privadas, siendo éste un territorio que admite excepciones en la medida que sean necesarias para los intereses colectivos o públicos.⁵⁴

Ahora bien, lo expresado a modo de orientación en los párrafos anteriores no puede desprenderse (sino más bien combinarse) con lo que la propuesta del punto supone; aquí se habla de “requerimientos”, con lo que, debería interpretarse, que las leyes y reglamentos “requieren” de alguna forma un temperamento o conducta por parte de responsables y terceros, pero también, la Administración Tributaria en ejercicio de las facultades de verificación y fiscalización (ya bien regladas o con grados relativos o absolutos de discrecionalidad) “requiere” de los administrados datos, informes, comportamientos de colaboración.

Mucho más si hacemos entrar en el conflicto a todo aquello que ya hemos mencionado en el punto denominado “sujeción a la tecnología tributaria”, en el

⁵³ Comba Luis A.; “La facultad del fisco para solicitar información analítica del monto consumido”; Revista “Impuestos”, Editorial La Ley, 1999-B-237

⁵⁴ Superti Héctor; “Allanamiento. La colección de la prueba y la teoría del fruto del árbol venenoso. El art. 21 de la Ley N° 24.769”; monografía presentada en las “II Jornadas de Derecho Tributario”; Universidad Austral, Facultad de Derecho; 21 y 22 de noviembre de 2002.

que señalamos que prácticamente toda la información que requiere, necesita y utilizan las administraciones tributarias están colectadas en bases de datos concentradas y compartidas; o sea ya los “requerimientos” pasan a ser una formalidad, frente al cúmulo de datos que las administraciones tributarias poseen y manejan del universo de contribuyentes.

Conclusiones de estos puntos

Intentamos interpretar el derecho a la intimidad como una forma más del derecho de propiedad: el derecho a ser dueño de uno mismo. Expresamos también que el *habeas data* intenta resolver conflictos en los que se involucra la dignidad humana (intimidad e identidad personal) y el derecho de propiedad.

A partir de este enfoque, la solución de las controversias entre el “*dominus*” y quien utiliza, requiere, invade o negocia sus datos sólo puede resolverse desde una perspectiva individual que busque la respuesta en cada caso concreto.

Baste recordar que la discusión sobre la existencia de una jerarquía de derechos donde unos se encuentran mejor protegidos que otros, posee tantas aristas como opiniones divergentes. Algunos autores han intentado elaborar un orden jerárquico de los derechos, a partir de una diferenciación valorativa entre unos y otros⁵⁵, esencialmente porque la igualdad de trato de todos los derechos no siempre se refleja en los textos constitucionales.

Sin embargo los pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos descartan una jerarquización axiológica a priori y por el contrario reflejan una

⁵⁵ Bidart Campos, Germán J.: “¿Hay un orden jerárquico de los derechos personales?” ED 23/9/95; con un enfoque diferente bosquejando una teoría novedosa sobre interpretación constitucional ver Toller, Fernando: “*Hacia el ocaso del darwinismo jurídico*” ED, 96-47 p. 6. En relación con la ampliación del marco regulatorio de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 1994 ver Ekmekdjian Miguel A.: “*El orden jerárquico de los derechos*”

conciencia individual en la que todos los derechos fundamentales gozan del mismo rango.

En definitiva toda afectación intolerable a los diversos espacios en que se desenvuelve la personalidad e intimidad del individuo, provoca una lesión que debe ser reparada, siendo necesario tener presente que cualquiera sea el remedio o garantía adecuados para compensar el agravio, necesariamente deben ponderarse los alcances del ámbito de reserva en relación con los derechos de los demás. Es que entre los derechos que definen a la persona (la propiedad de si mismo) y los demás contenidos del derecho de propiedad no existe otra diferencia que la calificación axiológica, único parámetro posible para decidir en cada caso los límites de uno y otro derecho

El Secreto bancario. La “invasión” de los Fiscos sobre la intimidad.

Desde que fue incorporado al texto de la Ley N° 18.061 y mantenido en las sucesivas modificaciones a la Ley de Entidades Financieras (Ley N° 21.526), el Secreto Bancario, esto es, el deber de las entidades financieras de no divulgar o revelar las operaciones pasivas que celebran con el público, cumple la delicada función de proteger aspectos patrimoniales del derecho a la intimidad o privacidad de los clientes de los bancos y, en especial, de los depositantes o ahorristas.

Concepto de secreto bancario

De la Ley vigente (artículo 39 de la Ley N° 21.526 y sus modificatorias) es posible inferir un concepto de secreto bancario como un deber de las entidades

individuales en un interesante fallo” ED 121-757.

financieras de no revelar o poner en conocimiento de terceros las operaciones pasivas (por ejemplo, los depósitos) que realicen con sus clientes o con el público en general, o informaciones que reciban de dichos clientes sobre aspectos de su personalidad moral o patrimonial que razonablemente deba entenderse que pertenecen a la esfera de la intimidad o privacidad de aquellos.

Desde la sanción de la Ley N° 18.061, que por primera vez, definió e impuso explícitamente a las entidades financieras el deber de secreto, se reconoció que tal obligación era consecuencia de la garantía constitucional de inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados consagrada en el artículo 18 de la Constitución. Modernamente se ha visto esa garantía como protegiendo el derecho de toda persona a que otros particulares o los poderes públicos no invadan la esfera de lo íntimo o de lo privado de cada individuo.

La obligación de las entidades bancarias de no revelar a terceros ciertas operaciones de sus clientes, resulta la contracara del derecho de éstos a preservar su intimidad reflejada en los datos confidenciales, de los cuales el banco se ha constituido en custodio. Al recibir un depósito, el banco se hace depositario del dinero del cliente y, también de su intimidad.

Es importante señalar, igualmente que, por otras normas de ordenamiento jurídico se impone sobre directivos, dependientes o personas vinculadas por contrato con las entidades un deber amplio de secreto, respecto de informaciones que lleguen a su conocimiento, en razón de las funciones o trabajos que desempeñan o realizan, sancionado penalmente, en base a lo

dispuesto por los artículos 156 (según redacción por Ley 24.286 ; BO 29/12/93)) y 157 (según redacción por Ley 26.388; BO del 25/6/08) del Código Penal.

La falta de regulación del secreto bancario en las leyes del sistema bancario anteriores a la Ley N° 18.061 no fue interpretada por la doctrina como un desconocimiento de la obligación de secreto, pues, en relación a los ahorristas siempre se consideró protegido su derecho al secreto, con base en su propio derecho a la privacidad e intimidad y en el acuerdo contractual implícito en todo depósito de dinero, consistente en la reserva y el sigilo esperado por el depositante y tácitamente prometido por el banco.

Antecedentes extranjeros

En los más conocidos casos del derecho comparado (Reino Unido y Estados Unidos) el secreto bancario fue reconocido aún en ausencia de legislación expresa.

En el Reino Unido, el *leading case* en la materia fue el caso “**Tournier v. Nacional Provincial Bank**”⁵⁶, en el cual la Cámara de los Lores sostuvo que el deber secreto era sagrado y que permanecía aún luego de la extinción de la relación entre el banco y el cliente, y que sólo podía ceder cuando: a) lo dispone la ley; b) existe un deber ante el público; o c) la información se brinda con el consentimiento implícito o expreso del cliente.

En los Estados Unidos, el *leading case* se presentó ante la sanción de la ley que limitó el secreto, mediante la obligación impuesta a los bancos de conservar la información y brindarla al Departamento del Tesoro, bajo ciertas condiciones

⁵⁶ (1 K.B. 416-1924)

procesales. La Corte tuvo ocasión de expedirse en el caso “**California Bankers v. Schultz**”⁵⁷. Allí se sostuvo la validez constitucional de la Bank Secrecy Act de 1970, ante las garantías sustantivas y procesales de las cuarta y quinta enmiendas, pero se evaluó especialmente la razonabilidad de la información en cuestión y la exigencia legal de contar con un debido proceso legal para poder requerirla.

Además de la base constitucional del deber de los bancos de guardar el secreto bancario, algunos autores consideran que éste tiene su raíz en razones de interés general, consistentes en la conveniencia de ofrecer el secreto hacia los ahorristas, para procurar la atracción de los depósitos hacia el sistema financiero formal evitando la fuga del ahorro hacia el exterior y hacia circuitos informales.

Tal es la lectura que surge de la exposición de motivos de la Ley N° 18.061, recogida por la Corte en su caso “**Banco de Londres y América del Sud c/ Dirección Provincial de Rentas**”; en el que expresara:

“...En lo atinente a los alcances del secreto bancario establecido en el art. 39 de la ley 21.526, son claros los propósitos que inspiraron su consagración legislativa, consistentes en crear un marco adecuado para el desenvolvimiento de un sistema financiero apto, solvente y competitivo, y promover la canalización del ahorro hacia el circuito autorizado, y a tales fines no obsta el hecho de que los organismos fiscales practiquen inspecciones para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de las entidades responsables del pago del impuesto de sellos, que requiere el control de los

⁵⁷ (416 US 21- 1974)

*instrumentos sujetos al gravamen, siempre que no se desvirtúen las finalidades de la mencionada norma federal...”*⁵⁸

Operaciones alcanzadas

De acuerdo con lo establecido por el art. 39 de la Ley N° 21.526, el deber de guardar el secreto bancario comprende “...a las operaciones pasivas que realicen...” las entidades financieras con sus clientes. Además, el mismo artículo establece que “...El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que lleguen a su conocimiento...” Con motivo o en ocasión de las operaciones que realicen las entidades financieras con sus clientes.

A diferencia de los textos anteriores (Ley N° 18.061, y Ley N° 20.520) que indicaban en términos más amplios que los actuales el deber de “...no revelar las operaciones que realicen ni las informaciones que reciban de sus clientes...”, la norma vigente acotó la protección, limitándola sólo a “...las operaciones pasivas que realicen (las entidades)...”, es decir, a aquellas operaciones en las cuales el cliente resulta acreedor de la entidad.

Con ello, la ley adoptó el criterio sentado por la Corte Suprema en el caso “Banco de Londres”, que limitó la materia sobre las que recae la obligación de guardar secreto a las operaciones pasivas, lo que incluye a toda clase de inversiones efectuadas por el público en los bancos, especialmente los depósitos bajo

⁵⁸ CSJN, Fallos: 302:1116

cualquiera de sus formas (a la vista, a plazo, en caja de ahorro, transferible o no, etc).

Sujetos obligados

El artículo 39 de la Ley N° 21.526 impone a las entidades y a su personal la obligación de guardar secreto o de no revelar las operaciones pasivas y las informaciones que llegan a conocimiento referidas y/o originadas en sus clientes y que razonablemente pertenezcan a la esfera de intimidad o de privacidad de aquellos.

Esta obligación recae, asimismo conforme al artículo 40 de la Ley N° 21.526, sobre el Banco Central de la República Argentina, respecto de las informaciones vinculadas a operaciones pasivas que dicho Banco reciba o recoja en ejercicio de sus funciones. El personal del Banco Central de la República Argentina debe guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento.

La Corte Suprema ha entendido que la obligación de secreto alcanzaba también a una sociedad que maneja información provista por las entidades financieras a las que presta determinados servicios, así lo expresó en el caso “**Argencard c/ Nación Argentina**”:

“...Si en el caso la DGI no ha controvertido la afirmación del a quo acerca de que sus requerimientos tienden a obtener con generalidad las informaciones de las cuentas que la firma inspeccionada maneja por delegación de las entidades a las que presta determinados servicios, en tales condiciones resulta admisible amparar a aquéllas con la reserva, sin que obste a ello que entre los sujetos que mencionan los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 21.526, no se encuentre comprendida dicha firma en razón de la actividad que desarrolla , toda vez que a fin de que el

ámbito de aplicación del art. 39 a quien posee circunstancialmente las referidas informaciones...”⁵⁹.

A quién y cuándo debe una entidad revelar informaciones cubiertas por el secreto

El mismo artículo 39 de la Ley N° 21.526 establece que las entidades financieras pueden y deben levantar el secreto cuando lo requieran:

- a) Los jueces en causas judiciales.
- b) El Banco Central en ejercicio de sus funciones.
- c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales y municipales, en las condiciones especificadas en el artículo 39 de la Ley N° 21.526.
- d) Las propias entidades en casos especiales, previa autorización del BCRA.

Conforme el artículo 20 de la Ley N° 25.246⁶⁰ sobre lavado de activos de origen delictivo las entidades financieras están obligadas a informar a la Unidad de Información Financiera creada por dicha ley, cualquier hecho u operación sospechosa, entendiéndose por tal las transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres bancarios resulten inusuales sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, indicativas de presunta comisión del delito prevenido por el Título XIII del Código Penal de la Nación (Delitos Contar el Orden Económico y Financiero), artículos 303 y subsiguientes, incorporados por el art. 4° de la Ley N° 26.683 (BO 21/6/11), con las

⁵⁹ CSJN, Fallos: 303:1705, del 12/11/81

⁶⁰ Ley N° 25.246 (BO 10/5/2000), según texto por Ley N° 26.683 (BO 21/6/11) y modificada por Ley N° 27.440 (BO 11/5/2018)

modificaciones por Ley N° 26.673 (BO 28/12/11), más conocido como lavado de activos de origen delictivo.

El ordenamiento vigente, en suma, regula el secreto bancario como regla de alcance general e instrumento de tutela del derecho a la privacidad, y las limitaciones planteadas por la ley que lo establece se encuentran perfectamente calificadas no solamente por los que pueden invocarlas, sino también por las circunstancias procesales y los alcances objetivos de cada excepción.

Correspondencia del secreto bancario. El caso paradigmático de las “cajas de seguridad”

Obviamente la lucha contra la evasión, no es un nuevo elemento dentro de la política tributaria, casi podríamos decir -inspirándonos en el teoría pura del derecho de Hans Kelsen- y haciendo un necesario reduccionismo de la misma que la evasión es inmanente a la norma tributaria, parte indiscindible de la misma.

A pesar de los avances en todos los campos de la “lucha contra la evasión” protagonizada por todos los fiscos y la irrupción normativa a través del tiempo de figuras penales como los delitos tributarios y los de lavado de activos de

origen delictivo, los fiscos –de una forma u otra- trataron de utilizar todas las formas disponibles (o no) para acometer la tan calificada “lucha”

Un ejemplo paradigmático, de la incesante “lucha” fue un avance que se pretendió hacer sobre las “cajas de seguridad”; aquí el relato.

Advirtieron sabiamente Soler y Carrica las situaciones que se avecinaban cuando publicaron su nota en el mes de marzo de 2005⁶¹. La Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires se había dirigido a las Entidades Financieras solicitándoles información respecto a las cajas de seguridad que pudieran tener a su disposición los contribuyentes deudores del Fisco Provincial con investigación fiscal en curso. A tales efectos les proporcionaba un listado, (con adjunción de soporte magnético), solicitando la información de titulares, cotitulares o autorizados al acceso.

La nota que acompañaba los elementos mencionados, expresaba que dichos requerimientos se enmarcaban en lo dispuesto por el artículo 140 del Código Fiscal (t.o. 2004), que dispone: *“...los organismos y entes estatales y privados, incluidos bancos, bolsas y mercados, tienen la obligación de suministrar a la Autoridad de Aplicación, en la forma, modo y condiciones que ésta disponga todas las informaciones que se le soliciten a fin de facilitar la recaudación y determinación de los gravámenes a su cargo...”*

Se señala, finalmente, que la imposición de deberes formales -como el de información- *“...persiguen no otra cosa que maximizar la recaudación y combatir*

⁶¹ Osvaldo H. Soler y Enrique D. Carrica, “El secreto financiero y el derecho a la intimidad de información relativa a las cajas de seguridad”, Diario “La Ley”, Nº 44, marzo de 2005.

la evasión fiscal, en pos de obtener los recursos imprescindibles para la consecución del bienestar general...”

No es posible soslayar que la información solicitada es especialmente sensible al ámbito de privacidad de los clientes, quienes al contratar este tipo de servicios que le ofrecen las entidades financieras, lo hacen en la confianza y seguridad que los valores y documentación que éstos mantienen en las cajas de seguridad se encuentran especialmente amparados de toda injerencia o perturbación externa o interna.

Es más, estos servicios de carácter especial, exceden el marco habitual que caracteriza el desarrollo de operaciones de tipo financiero entre los clientes y las entidades financieras, en donde ambas partes conocen la existencia de derechos y obligaciones recíprocos de naturaleza patrimonial claramente exteriorizados en las contrataciones que normalmente se desarrollan dentro del ámbito de la actividad bancaria específica (depósitos, plazos fijos, cuentas corrientes, préstamos, tarjetas de crédito, etc.). Por el contrario, al contratar una caja de seguridad, el cliente que es consumidor de un servicio de seguridad que le ofrece el Banco, pretende mantener pleno secreto sobre la documentación, papeles y valores que pudieran guardar en dicha caja, incluso respecto del propio Banco, y éste se lo asegura y garantiza al concertar el alquiler de la misma, como así también sobre la existencia misma del contrato, en el entendimiento de su divulgación atenta contra el objetivo señalado.

En dicho contexto, las disposiciones del artículo 39 de la Ley de Entidades Financieras, al definir el alcance del secreto financiero y de las correlativas facultades que detentan los organismos fiscales al respecto, parten de la premisa

que el deber de información que pesa sobre éstas ante las iniciativas o requerimientos de los fiscos se vincula necesariamente con aquellas operaciones de las cuales la entidad financiera tiene exacto y cabal conocimiento, pero no de aquellas cuyo contenido desconoce.

Si el art. 39 dispone la plena vigencia del secreto financiero ante los requerimientos de información de los fiscos provinciales sobre las operaciones pasivas, con mayor razón, cabe hacer valer sus disposiciones con relación a operaciones dotadas de un grado de confidencialidad aún mayor que aquéllas, en tanto el cliente utiliza espacios físicos de la entidad financiera para el depósito de documentación y/ o valores propios de terceros, como una extensión de su propio hogar o oficina, por razones de estricta seguridad.

Por otra parte, el compromiso asumido por la entidad financiera excede el mero marco contractual entre partes para inscribirse dentro del ámbito institucional del secreto financiero, consistente en la obligación de las entidades del sistema de guardar sigilo o reserva respecto de la información dada a conocer por sus clientes en razón de su profesión y la confianza depositada en ellos, en salvaguarda del derecho a la intimidad y confidencialidad de sus clientes. El secreto financiero deviene así en una manifestación específica del secreto profesional.

Atento que el secreto financiero es fundamental para el desarrollo de la actividad financiera, las restricciones a su vigencia deben ser establecidos necesariamente por una ley especial que autorice tales limitaciones.

Con el secreto financiero se garantizaban los derechos constitucionales de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, el

principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y la protección de la libertad individual. Dicho secreto debe mantenerse, salvo cuando puedan estar comprometidos intereses públicos. En consecuencia, el secreto bancario está constitucionalmente garantizado en razón de la Carta Magna reconoce expresamente el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados, lo cual apuntala la aplicación de la reserva bancaria por parte de las entidades del sistema financiero.

De tal manera, consideraron los autores (a los que adherimos) que quedan fuera del ámbito de las facultades otorgadas a los fiscos locales por el mencionado artículo de la ley 21.526, la información relativa a la existencia de cajas de seguridad, en el entendimiento que su eventual provisión importaría una violación del secreto financiero, según las condiciones antes señaladas.

Como a posteriori se evidenció, el propósito del Fisco era franquearse el acceso sobre la documentación y bienes existentes en la caja de seguridad para proceder a cobrarse presuntas deudas tributarias del titular con el dinero allí guardado, a través de su embargo y/ o eventual secuestro, solicitando al juez competente que expida la orden respectiva, tal proceder no se encuentra previsto en el Código Fiscal.

Decían los autores que medidas de este tipo, sólo podrían considerarse dentro del marco de un juicio de apremio (Decreto 9122/78) o en un proceso contencioso administrativo llevado a cabo con la debida observancia de los derechos inherentes según la normativa procesal. Podría argüirse, que la utilidad de la adopción de este tipo de medidas, podría derivar en la posterior obtención de una orden judicial que autorice el acceso a las cajas, con el propósito de

embargar los bienes allí guardados para asegurarse el derecho al cobro de las deudas fiscales que registre el titular de dicha caja.

Como sabemos, esto dio lugar a movimientos jurisprudenciales que terminaron en algunos casos favoreciendo al Fisco y en otros, a las pretensiones de los contribuyentes que defendían su derechos a la preservación de la intimidad.⁶²

Cuando la conducta del Fisco se inscribe dentro del marco de un operativo tendiente a alcanzar un determinado propósito, su ejecución debe realizarse conforme al procedimientos garantizado correspondiente, para que tanto el objetivo al que se dirige cuanto la manera de procurarlo queden legitimados.

Por otra parte, el suministro de la información requerida por el organismo provincial, teniendo en cuenta su naturaleza, deviene en la consecuencia que se le estarían proveyendo al Fisco datos que no necesariamente habrán de tener trascendencia tributaria, lo que está en pugna con el denominado por la doctrina “principio de la interdicción de la excesividad” que actúa como límite al accionar de la Administración tributaria y que prohíbe al organismo fiscal, al amparo del deber de colaboración a cargo del administrado, efectuar requerimientos excesivos, exorbitantes o desmesurados. De este principio se desprenden otros dos, a saber, el de “necesidad”, que importa que ante la existencia de varios medios se opte por el menos desfavorable para el administrado, y el de “proporcionalidad” por el cual el requerimiento debe estar adecuado al fin que pretende alcanzarse. Con la correlativa afectación del principio de legalidad por

⁶² Ver en este sentido: “Provincia de Buenos Aires c/ Gómez Lucas y otros”; Juzgado de 1º Instancia Nº 1 de Mercedes, 28/4/2005; “Provincia de Buenos Aires c/ R.C.A.”, Juzgado de Primera Instancia en los Contenciosoadministrativo Nº 1 de La Plata, 4/5/2005; “Provincia de Buenos Aires c/ Badano Elvira, Cámara de Apelaciones den los Contencioso-Administrativo con asiento en La Plata, 24/5/2005.

la incursión de la Dirección Provincial de Rentas en áreas ajenas a las fijadas por la Constitución provincial y la normativa tributaria que establece su competencia.

Se observa así una manifiesta desconexión entre la finalidad perseguida con el medio utilizado para llevarla a cabo, dado que la lucha contra la evasión impositiva debe llevarse a cabo a través de carriles formales que se demuestren idóneos.

En tal escenario, la apertura del secreto financiero o, lo que es lo mismo, la limitación del derecho a la intimidad o a la privacidad de las transacciones realizadas entre particulares sólo puede tener virtualidad frente a la existencia de presunciones precisas, asertivas y concordantes que conduzcan a la calificación lógica y razonable de que la información requerida guarda una necesaria y estrecha relación con la realización de algún hecho imponible o la comisión de alguna infracción fiscal.

Acudir a este medio de información, cuando el organismo fiscal no ha acreditado aún la realización de las etapas necesarias y previas que consoliden una presunción razonable que justifiquen su necesaria ejecución, importa la supresión de etapas en la tarea de fiscalización, que quita andamio y fundamento legal al requerimiento efectuado.

En dicho contexto, es un deber de la autoridad de aplicación, ante el aparente antagonismo entre la aplicación del secreto financiero y la represión de la evasión fiscal, armonizar a ambos conceptos mediante una interpretación sistemática que preserve los derechos y garantías constitucionales relativos al punto en crisis. Con ello ha de lograrse simultáneamente la debida protección de

los derechos individuales, la sobrevivencia del sistema financiero y la debida protección del interés colectivo que subyace en la tarea relativa a la debida administración y recaudación de los recursos fiscales.

El segundo tema fondal. La inserción en los derechos colectivos

Para desmenuzar este tema, debemos entrar –nuevamente- en el análisis del texto constitucional.

Con relación al artículo 42 de la Carta Magana, Zarini efectuó el siguiente comentario: “...*Reiteramos aquí la importancia que conferimos a la educación para la vida en sociedad, para la subsistencia y perfeccionamiento de la democracia, para el ejercicio efectivo y el respeto de los derechos individuales y colectivos...*”⁶³

El último párrafo de este artículo expresa que a fin de garantizar procedimientos eficaces para la prevención y la solución de conflictos entre usuarios y prestadores de servicios la legislación instrumentará y determinará “...*la participación de asociaciones de consumidores y usuarios...*”

La inclusión y la consideración de los usuarios y consumidores como grupo social protegido ha dado en la práctica resultados diversos a pesar de la difícil defensa que se entabla con entidades privadas de comportamiento monopólico, y por la debilidad que en muchos casos ha demostrado el Estado para mediar en dichas relaciones. De todos modos, se ha creado una distinta conciencia de grupo, y

⁶³ Helio J. Zarini, Op. cit., página 194

no pocas entidades que agrupan y defienden a consumidores y usuarios han logrado penetración y capacidad para la resolución de diferentes problemas.

Ya aún antes de la elevación a rango constitucional de los derechos de “consumidores y usuarios” se conoce en la República Argentina la Ley N° 24.240 (Defensa del Consumidor), con sus muchas modificaciones⁶⁴ cuyo objetivo (desde su creación y dada su naturaleza preconstitucional) resultó ser el dictado de normas para la protección y defensa de los consumidores y usuarios, legitimando, a partir de sus artículos 55 a 58 la actuación de asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, en todos aquellos casos en que resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de consumidores. El texto de la Ley de defensa del consumidor es una pieza normativa muy importante, **cuyo texto ha sido ordenado por la Ley N° 26.994 de unificación de los Códigos Civil y Comercial, el que –como sabemos- ha comenzado su vigencia con fecha 1/8/2015.** Esta ley y el nuevo código civil y comercial atienden en forma muy prevalente a la defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

Lo cierto es que, la evolución en las relaciones económicas nacionales e internacionales ha generado la necesidad de protección de grupos sociales, a raíz de que muchos integrantes de los mismos carecen de la posibilidad de acceder a la protección judicial de sus derechos en forma individual, sea por desinformación, falta de recursos o conocimiento. Como consecuencia de esa

⁶⁴ Ley N° 24.240 (BO 15/10/93), modificada por Leyes N°: 24.787 (BO 2/4/97); 24.999 (BO 30/7/98; 26.361 (BO 7/4/2008; 26.993 (BO 19/2/14)

necesidad, el derecho interno de varias naciones ha asignado status jurídico a agrupaciones de individuos con un vínculo común de intereses.

Como decíamos en puntos anteriores, la evolución del constitucionalismo social en esta última etapa ha provocado la elevación de rango, no sólo a entidades de carácter privado, sino también a organismos de carácter público y a tratados concluidos con organizaciones internacionales. En el caso de la República Argentina se adquiere la más alta expresión, a través de la incorporación al texto constitucional del “Defensor del Pueblo” (art. 86) creado originalmente por la Ley N° 24.284 (B.O. 6/12/93) con las modificaciones por Ley N° 24.379 (B.O. 12/10/94) y por la jerarquización de los tratados con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede (art. 75, inciso 22.)

La organización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también incluyó la jerarquía constitucional del “Defensor del Pueblo” en ese ámbito (art. 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) y la regulación funcional definitiva de la Defensoría mediante la Ley N° 3, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad con fecha 27/2/98.

Los intereses de conjunto, comunes a determinados grupos sociales, han sido denominados derechos difusos o colectivos. Esta categoría de derechos colectivos ha ido abarcando una cada vez más extensa cantidad de situaciones. La doctrina (con una orientación más bien homogeneizante) denomina de este modo, tanto a los derechos de incidencia colectiva (derecho a un medio ambiente sano, a la paz, derechos del consumidor y del usuario) como los que

se regulan a favor de grupos diferenciados (género, condición, edad, grupo étnico, etc)

Por cierto, estas dos clases de derechos (de incidencia colectiva o a favor de grupos diferenciados) hacen referencia a un grupo de personas; pero, mientras que los primeros expresan que el agravio que produce su vulneración es virtualmente colectivo, los segundos indican que el sujeto a favor de quien se prescriben es un sector minoritario y ello más allá de si la titularidad para exigirlos o para gozarlos es individual, colectiva o alternativa. En este último caso se advierte una subjetividad colectiva, una representación de intereses colectivos diferenciales y hasta, en ciertos casos, una personalidad jurídica inmanente distinta de la de cada uno de sus miembros.⁶⁵

Una acertada definición legal y distinción de dichos intereses ha de encontrarse en el artículo 81 del Código Brasileiro del Consumidor:

"...Intereses o Derechos Difusos son, para los efectos de este código los transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas entre sí por circunstancias de hecho..."

"...Intereses o derechos colectivos, son los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas legales unidas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base..."

El primer párrafo de este artículo explica que la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y las víctimas podrá ser ejercida en forma individual o a título colectivo; precisamente respecto de los intereses o derechos

⁶⁵ Ramos Laura, "Derechos Colectivos: Ensayo de clasificación"; ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derechos y Garantías del Siglo XXI; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 2001

difusos descriptos por este artículo se reserva la posibilidad de efectuar su defensa en forma colectiva.

Desde nuestra doctrina, también han sido denominados (como antes expresáramos con relación a los mencionados en el art. 43) “derechos de incidencia colectiva”⁶⁶. El interés difuso, llamado también fragmentario, colectivo o supraindividual, ha sido caracterizado como aquél que no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un sector de personas que conviven en un ambiente o situación común. Se ha dicho que se trata de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos⁶⁷. Se ha señalado que el constituyente, al tutelar los derechos de incidencia colectiva plasmados en los arts. 42 y 43 de la CN, hacen referencia a intereses típicamente sociales o grupales, como los vinculados con el medio ambiente y la salud pública⁶⁸.

En el ámbito internacional, también se ha visto claramente plasmada esta tendencia con relación a los consumidores y usuarios de servicios. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha concordado en directivas tendientes a la protección de la salud y a establecer determinados comportamientos del mercado internacional de alimentos, así como la promoción y protección de intereses económicos de los consumidores.⁶⁹ Si bien estas directrices se

⁶⁶ Bidart Campos G., “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino La Reforma Constitucional de 1994”, Tomo IV, 2º reimpresión, Editorial Ediar, página 318. Sagües Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo”, Tomo III, 4º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995, páginas 674/675

⁶⁷ de De la Rúa A.; “La protección de los intereses llamados difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia de Córdoba”; LL 996-B-789

⁶⁸ Quiroga Lavié H.; “El amparo colectivo”; Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, página 42.

⁶⁹ Res. ONU Nº 39/248 del 9/4/85, “Directrices para la protección del consumidor”

establecieron como “recomendaciones” o “carta de buenas intenciones”, han sido recogidas por las legislaciones internas de los países, incluso, desde la órbita constitucional.

Merece destacarse a modo de ejemplo, el status jurídico reconocido a los consumidores en distintas Constituciones Iberoamericanas, entre otras: Brasil (art. 5), Colombia (art. 78), El Salvador (art. 101), España (art. 51), Guatemala (art. 119), Nicaragua (art. 105), Paraguay (arts. 27, 38, 72); Perú (art. 65), Portugal (art. 81), Uruguay (arts. 24, 44, 52).

El reconocimiento de derechos colectivos y la jurisprudencia

En nuestro país, en los últimos años, y a raíz de los efectos económicos ocasionados por la aplicación de diversas normas sobre vastos sectores de la población, se ha visto ampliado en forma considerable el reconocimiento de derechos de grupos sociales.

Así es como han podido resguardarse intereses puntuales de grupo, no solo del público consumidor, usuarios de servicios públicos o habitantes de un medio ambiente determinado, sino también ahorristas del sistema bancario que vieron

inmovilizados y reducidos sus ahorros⁷⁰, jubilados y empleados públicos a los que se impidiera el cobro de la totalidad de sus haberes⁷¹, entre otros.

Tal vez el precedente más fuerte, con más creaciones y con voz más clara desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo represente la causa "Halabi" del mes de febrero del año 2009.⁷²

El caso se refería a la acción de amparo interpuesta por un abogado en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873, de Telecomunicaciones (BO 9/2/2004) y de su decreto reglamentario 1563/04 (BO 9/11/2004) vulneraban los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar "*en qué casos y con qué justificativos*" esa intromisión puede llevarse a cabo.

El Alto Tribunal, califica en uno de los puntos importantes al reclamo como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva, referente a los intereses individuales homogéneos, dado que tal intervención importa una violación de los derechos a la privacidad y a la intimidad y pone en riesgo el "secreto profesional" que, como letrado, se ve obligado a guardar y garantizar **(arts. 6° inc. f, 7°, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187)**, dado que su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos

⁷⁰ "Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN-PEN DTOS. 1570/01 y 1606/01 s/ AMPARO LEY 16.986"; CNACAF, Sala V, Causa N° 29.255/01, 9/2002. "DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN-INC DTO 1316/02 C/ EN-PEN-DTOS 1570/01 y 1606/01 s/ AMPARO LEY 16.986", CNACAF, Sala V, Causa N° 147.369/02, 9/2002.

⁷¹ "DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPAROS Y SUMARÍSIMOS", CFSS, Sent. def. N° 98.510, 28/5/03

⁷²Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986. H. 270. XLII; Rex 24/02/2009, Fallos: 332:111

los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Otro de los puntos (y esto resulta una creación) se refiere a la admisión formal de la acción colectiva. Y define en este aspecto que dicha acción requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo, siendo esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio- de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte-, y que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Si existe un punto realmente complejo en esta materia es el referido a la legitimación procesal. En cuanto a esta legitimación, delimitó con precisión tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y (iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, y en todos los supuestos es imprescindible comprobar la existencia de un "caso" (art. 116 de la Constitución Nacional y art 2º de la ley 27)- ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición-, como también es relevante determinar si la controversia en

cada uno de dichos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

La sentencia por un lado, crea la acción de clase que garantiza los derechos de dimensión colectiva, y por otro protege la privacidad en el uso de Internet y telefonía, frente a posibles intromisiones de organismos del Estado.

El fallo se dio por mayoría, donde todos los miembros del Tribunal coincidieron en confirmar la decisión de Cámara. El voto de la mayoría (jueces Lorenzetti, Highton, Zaffaroni y Maqueda) desarrolla los fundamentos para reconocer la acción colectiva para casos futuros, mientras que el voto de la minoría (Fayt, Petracchi, Argibay) se limita a confirmar la sentencia de la cámara, declarando improcedente el recurso extraordinario interpuesto.

La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, lo que no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, y en tales casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, y la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo- lo que ocurre cuando

éste pertenece a toda la comunidad-, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, razón por la cual sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino social y no son divisibles de modo alguno.

En la tutela de los derechos que tienen por objeto bienes colectivos, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho, porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual- como sucede en el caso del daño ambiental-, pero ésta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera, de tal manera que cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa pretendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 la categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos- derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores como los derechos de sujetos discriminados-, casos en los que no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sino que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, dato que tiene relevancia jurídica porque la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño

que individualmente se sufre, existiendo una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sostiene la Corte la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase. Dicha norma (*de lege ferenda*) debería, según su visión: (i) determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que, permita ejercer dichas acciones; (ii) definir a la clase homogénea; (iii) si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones; (iv) cómo tramitan los procesos; (v) cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y (vi) cómo se hacen efectivos.

Existe entonces, una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido. El artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

La procedencia de las acciones de clase requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su

protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El precedente “**Halabi**” del Alto Tribunal, ha calado en la actividad jurisprudencial y con frecuencia las distintas organizaciones de protección de los derechos de los consumidores interponen acciones de clase a los efectos de la protección de esos derechos, basándose en esa doctrina de la Corte.

En la causa “**PADEC c/ WALL STREET ARGENTINA S.A. s/ Ordinario**” (**Expediente N° 102.722, Registro de Cámara N° 064.436/2008**), fallada por la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “A” con fecha 26/3/14**, analizando un caso en que la “Asociación Civil Prevención, Asesoramiento y Defensa” (PADEC) promovió la acción de incidencia colectiva, en su condición de asociación de consumidores, contra “Wall Street Argentina S.A.”, procurando, por un lado que se decrete la nulidad de las dos cláusulas contrato tipo que la demandada instrumentaba con quienes contratan sus cursos y por otro para que se condene la demandada (i.) informar en forma cierta y objetiva el precio de los cursos que oferta públicamente en sus carteles, afiches, volantes, folletos, etcétera; (ii.) devolver a todos los usuarios las sumas de dinero percibidas sin causa y derivadas de la aplicación de las cláusulas abusivas insertas en el contrato tipo implementado, con más los correspondientes intereses compensatorios y punitivos; y (iii.) publicar la sentencia con las mismas características de difusión que dedica a sus campañas.

Obviamente la cuestión, en este tipo de acciones, se centra en la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para promover acciones colectivas

y en la identificación de los derechos que se pretenden proteger frente a esa legitimación.

La Cámara Comercial partiendo del análisis de la doctrina sentada por la Corte, y dados los fundamentos desarrollados, termina por concluir que:

*“...no resulta contradictorio establecer, por un lado, que la accionante “PADEC” cuenta con legitimación activa para reclamar que se declaren nulas las cláusulas IV y V del contrato tipo y, por el otro, que no se encuentra habilitada para demandar la restitución a los alumnos que rescindieron el contrato los importes correspondientes a los períodos no cursados. Ello así, pues, en el primer caso, las cláusulas cuestionadas se encuentran incorporadas en todos los contratos implementados por la demandada, por lo que podrían involucrar los intereses de todos los alumnos y potenciales consumidores, configurándose de esta manera la “homogeneidad fáctica” requerida para habilitar a las asociaciones de consumidores a entablar una acción colectiva. En igual sentido se pronunció la CSJN, reconociendo la legitimación procesal de los demandantes, tanto en el ya citado caso “Halabi”, de fecha 24/02/2009 (Fallos: 332:111), donde se reclamó que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 –arts. 1° y 2°- y del decreto 1563/04, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin precisar en qué casos y con qué justificativos, dado que aquí se podría ver comprometida la esfera de intimidad personal de todos los individuos, como así también –recientemente- en el caso **“PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ Nulidad de cláusulas contractuales”**, del 21/08/2013, en el*

que la aquí accionante demandó la nulidad de la cláusula del contrato entre la prestadora de servicios

de medicina prepaga y los afiliados que contempla el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales, ya que los aumentos abarcaban a todos los socios y serían susceptibles de “ocasionar una lesión al

derecho de una pluralidad de sujetos”. Empero, el reconocimiento de esa legitimación activa para incoar una demanda puntual no habilita a aquéllos que accionan en defensa de un interés colectivo a efectuar cualquier tipo de reclamo referido con el contrato o norma cuestionados, sino que su marco de acción se encuentra limitado –en lo que aquí interesa- a aquellos hechos que puedan provocar una lesión a una “pluralidad relevante de derechos individuales”, circunstancia que –como se determinó ut supra- no se verificó en el reclamo de la devolución de sumas percibidas sin causa...” (resaltado propio)

Como vemos, el avance ha sido, en este campo bien notorio. Queda suficientemente claro que, ya bien sea a través de la elevación a rango constitucional, o a través de la conformación normativa o, en su caso, por el tránsito jurisdiccional han quedado evidenciados y protegidos ciertos derechos de carácter colectivo, que se relacionan con un núcleo de actuaciones humanas, sociales y económicas desarrolladas por los individuos que componen la

comunidad y que han merecido –entonces- un reconocimiento explícito. Esta tendencia nos otorga causa, incentivo y plataforma para nuestra propuesta.

La constitucionalización del derecho civil

En el profundo análisis que efectuara Pilar Gutiérrez Santiago⁷³, respecto del fenómeno de la constitucionalización del derecho civil, logró enmarcarlo, dentro del complejo y heterogéneo conjunto de factores determinantes de la evolución y renovación de esta rama del ordenamiento jurídico. En dicho trabajo se esbozan las principales manifestaciones de dicho fenómeno, con particular referencia al Derecho Civil español. Así, de una parte, se comienza efectuando un recorrido por algunos de los contenidos e instituciones típicamente civiles que han pasado a alcanzar rango constitucional (la familia y el matrimonio, la propiedad privada y la herencia, la protección de los menores y de los consumidores, etc.). Se exponen otros planos desde los que la Constitución ha irradiado su influencia sobre el derecho civil, centrándose la atención en los problemas de derogación de leyes civiles preconstitucionales y en los derivados

⁷³ Pilar Gutiérrez Santiago. “La constitucionalización del Derecho Civil”. Revista “Estudios de Derecho”. Universidad de Antioquía, Colombia. Volumen 68. N° 151

del desarrollo de la Constitución por el legislador civil (ya mediante leyes especiales, ya a través de la reforma del Código Civil.

Este trabajo evidencia que la irrupción del derecho constitucional en los institutos del derecho civil y sobre todo lo que hace a los derechos que aquí estamos analizando proviene de la evolución de estas ramas del derecho.

Similar proceso se ha llevado a cabo en nuestro país a partir de la ley 26.994 que dio a luz el nuevo código civil y comercial.

La vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, establecida por la ley 27.077 (BO 19/12/2014), modificando el art. 7º de aquella y arrojándola al ejercicio pleno a partir del 1/8/2015, trajo aparejados cambios profundos en el derecho civil, los que inciden notablemente en el derecho público y en forma muy especial en el derecho tributario.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionado con fecha 1º de octubre de 2014 ante la aprobación definitiva del texto por la cámara baja de la legislatura de la Nación a partir del proyecto que estuvo a cargo de la comisión de reformas designada por el Decreto del PEN 191/11, encabezada (como ya es conocido) por tres juristas de nota: Dra. Highton de Nolasco; Dra. Kemelmajer de Carlucci y Dr. Lorenzetti

Según expresa Alberto J. Bueres en la nota introductoria de la obra “Código Civil y Comercial de la Nación”⁷⁴, el nuevo código introduce en el ordenamiento jurídico significativas modificaciones con respecto al régimen anterior. Por

⁷⁴ Bueres Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación”. Introducción y revisión general. Editorial Hammurabi, 2º Edición, Buenos Aires 2015, página 11

nuestra parte, no tememos en afirmar que, estas modificaciones alcanzan un grado superlativo. No sólo se unifican los códigos civil y comercial, sino que se transforman e introducen nuevos institutos en la materia civil y se derogan y modifican muchas e importantes leyes.

Dentro de las cuestiones de trascendencia se encuentra aquella que se da en llamar “constitucionalización del derecho civil” y que mereciera, por parte de una de las personalidades notables de la comisión de reformas -la Dra. Kemelmajer de Carlucci-, las siguientes reflexiones:

“...La adhesión del Código a la tendencia denominada “constitucionalización” del derecho privado se manifiesta desde el art. 1º en adelante. Bien se ha dicho que tal constitucionalización trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad...El código civil no declama la constitucionalización la hace efectiva en muchas de sus

disposiciones que recogen principios del ordenamiento fundamental de estado...”

Agrega luego cuando explica la eficacia del derecho como otro aspecto de la constitucionalización del derecho privado:

“...La constitucionalización del derecho privado lleva implícita la necesidad de que la norma jurídica se cumpla y, ante el incumplimiento que funcione eficazmente el sistema de resolución de conflictos...”

En esta clarísima tendencia, como surge de los párrafos anteriores, los derechos de incidencia colectiva se incorporaron definitivamente en el texto del nuevo código a partir de la prevención general del art. 14; en el que:

“...Art.14.- Derechos Individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales*
- b) derechos de incidencia colectiva*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva general...”

Este artículo no tiene antecedentes en el código de Vélez Sarsfield, representa una clara evidencia de la constitucionalización del derecho civil

Los derechos difusos o de incidencia colectiva en materia tributaria

Dado el desarrollo alcanzado en nuestro trabajo, la pregunta se torna necesaria:
¿Resultaría conducente asirse a la idea del “status” de contribuyente como

integrante de un grupo social, es decir, asimilado a los derechos de tercera generación, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda?

No olvidemos, que en realidad, la sociedad toda compone un grupo social que - a través del tributo- tiene la responsabilidad del sostenimiento del Estado y que, en definitiva, es la final depositaria de los beneficios surgidos de la actividad financiera del Estado, en cuanto a la satisfacción de las necesidades públicas a través de la provisión de bienes y servicios públicos; en síntesis, la encomienda científica consiste en hallar la vinculación jurídica entre el derecho individual y el derecho colectivo de los contribuyentes.

Si bien este postulado que propiciamos no tiene un desarrollo pormenorizado en nuestra doctrina, la mayoría de los tratadistas se han orientado a entender como cambio de relevancia las modificaciones que a nuestro plexo constitucional introdujo la reforma operada en 1994, con incidencia específica en la dinámica de consideración de los derechos humanos; así expresaban sus ideas Casás, Gutman y Naviera de Casanova:

“... Toda persona física por el sólo hecho de existir debe contar con la protección del Derecho. Ello no solamente se afirma conforme a las formulaciones iusnaturalistas, sino que es un valor por todos aceptado que se reconozca a los hombres determinados derechos, consagrados por las constituciones escritas en los Bill of Rights (Declaraciones de Derechos), que constituyen la parte dogmática de la mayoría de los Estatutos Fundamentales. Es así que la Constitución Argentina, a tenor de la Reforma de 1994, en su Parte Primera, desarrolla dos Capítulos, el primero bajo el título “Declaraciones, Derechos y Garantías” (arts. 1 al 35) y el segundo, consecuencia de la mentada reforma, titulado “Nuevos Derechos y Garantías” (arts. 36 a 43). Los aludidos contenidos

*de la Constitución Argentina fueron concebidos inicialmente como derechos individuales, luego difundidos como derechos fundamentales y hoy ampliados y tutelados como verdaderos derechos humanos...”*⁷⁵

Estas proyecciones (y ya ubicándonos en el ámbito del derecho tributario) han sido desarrolladas en otros lugares del mundo; por ejemplo, en España ya antes de iniciarse la motorización de la ley de “derechos y garantías del contribuyente”, se creó por Real Decreto 2458/96⁷⁶ el “Consejo para la Defensa del Contribuyente”. En la exposición preliminar lucen los motivos y las necesidades de su creación, orientadas a que este organismo actúe como “...*garante de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones tributarias y se configura como un órgano colegiado, en el cual se pretende dar cabida a todos los sectores sociales relacionados con el ámbito tributario...*”

Resulta elocuente el párrafo transcrito, en él se considera a los ciudadanos y a los “...*sectores sociales relacionados...*”; es una visión global, totalizadora, con un fuerte ingrediente de carácter social en el establecimiento de las relaciones para con la Administración.

La ley 1/98 estuvo vigente hasta el 1º de julio de 2004. En el año 2003 la Ley 58/2003 (General Tributaria) en su artículo se refiere en forma muy precisa y extensa a los derechos y garantías de los obligados tributarios

Colombia en el año 1999 instituye la figura del “Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero”⁷⁷, con el declarado objetivo de: “...*garantizar el respeto a*

⁷⁵ Casás José O.; Gutman Marcos G. y Naviera de Casanova Gustavo J.; “Residencia y domicilio. Aspectos de Derecho Común y Tributario en el Derecho Argentino”; Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, Nº 0, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996, página 138

⁷⁶ Real Decreto 2458/96, de fecha 2 de diciembre, publicado en el B.O.E. número 307, del 21 de diciembre de 1996

⁷⁷ Colombia, Decreto 1071 del 26/06/99.

los derechos de los contribuyentes, responsables, agentes de retención, declarantes y usuarios aduaneros, en las actuaciones que se cumplan en ejercicio de las funciones asignadas por la Ley a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales...”, asignándole, por el mismo Decreto de creación relevantes funciones⁷⁸.

En la República de México, se promovió a través del Senado la creación del “Ombudsman Fiscal”, cuya misión está orientada a la defensa gratuita de los contribuyentes y en especial, ante todo aquello que se considere como abuso del Servicio de Administración Tributaria. Fauzi Hamdan, Presidente de la Comisión Senatorial de Hacienda, manifestó al respecto que *“...resulta indispensable lograr un equilibrio entre la administración tributaria y el causante; si tal equilibrio se logra, los resultados se manifestarán a la vista de todos: mayor transparencia, incentivo de pago de impuestos, menor evasión, etc...”* De igual forma Hamdan señaló que al aplicar un proyecto de revisión libre de abuso, se

⁷⁸ “Artículo 31º Defensor del Contribuyente y el Usuario Aduanero...El Defensor del Contribuyente y del Usuario Aduanero tendrá las siguientes funciones: 1. Formular recomendaciones al Director General de la DIAN para asegurar, justa y oportuna prestación del servicio fiscal. 2. Realizar seguimiento, a solicitud de los contribuyentes y usuarios aduaneros, a los procesos de fiscalización, a fin de asegurar el cumplimiento del debido proceso. 3. Participar, si lo considera conveniente, como veedor en las reuniones donde se promuevan correcciones de declaraciones por parte de contribuyentes y usuarios, y velar porque una vez producida la respectiva corrección, las mismas sean respetadas por los funcionarios de la DIAN. 4. Velar porque las actuaciones de las diferentes dependencias de la DIAN se cumplan dentro del marco de los principios constitucionales de equidad y transparencia que rigen el ejercicio de la función pública. 5. Participar en las reuniones de la Comisión Mixta de Gestión Tributaria y Aduanera, y presentar a la misma un informe trimestral sobre el desarrollo de las actividades. 6. Canalizar las inquietudes que tengan los contribuyentes y usuarios sobre deficiencias de la adecuada prestación del servicio por parte de la DIAN, realizar las verificaciones que sean del caso, formular las recomendaciones para superarlas y poner en conocimiento de las autoridades y dependencias pertinentes sus conclusiones, con el fin de que se apliquen correctivos y/o sanciones que resulten procedentes. El defensor del Contribuyente y el Usuario Aduanero tendrá jurisdicción a nivel nacional, no podrá oponérsele reserva alguna y contará con delegados regionales...”

fomentaría el cumplimiento objetivo de las obligaciones del contribuyente, e impulsaría un mejor comportamiento fiscal en todo el país.⁷⁹

Si bien con un alcance diferente, hay quienes (en nuestro medio) han observado de cerca este fenómeno. Vicente Oscar Díaz en su crítica al “proyecto de código tributario” expresaba: *“...Si realmente su intención es propiciar tal relación no se encuentra justificativo válido al porque de no institucionalizar en el Código un “Consejo de los Contribuyentes” en igual medida que existe en ordenamientos europeos y que sin duda ha dado resultados satisfactorios en la mentada relación y en la propia recaudación...”*

Sin perjuicio de los embates doctrinarios y la rica colección de trabajos y ponencias en foros académicos, en nuestro país, la tendencia al fortalecimiento de los derechos colectivos en materia tributaria se ha visto reflejada – fundamentalmente- a nivel jurisprudencial; y esto de maneras ciertamente diferentes.

Ha sido cuestionada la constitucionalidad de normas tributarias de manera colectiva, y se han obtenido fallos favorables, sin perjuicio de la suerte dispar corrida por los pronunciamientos judiciales en las distintas instancias.

Tal es el caso de asociaciones de consumidores que obtuvieron medidas cautelares a favor en el marco de acciones de amparo que impugnaron la constitucionalidad de normas que pretendían modificar la alícuota del Impuesto al Valor Agregado respecto del servicio de medicina prepaga⁸⁰; de la misma forma, asociaciones de profesionales obtuvieron sentencias a favor ante

⁷⁹ Nota periodística de Pedro Cesar Acosta, aparecida en “El Heraldo de Chihuahua”, 26/4/2003

⁸⁰ “Asociación de Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA) c/ Estado Nacional s/ Medida Cautelar” Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, del 03/02/1999.

planteos de inconstitucionalidad de normas que introdujeron modificaciones en la categorización frente al Impuesto al Valor Agregado.⁸¹

Determinados grupos de contribuyentes se consideraron afectados por la aplicación de normas impositivas a las que tacharon de inconstitucionales; este es el caso de contribuyentes dedicados a la actividad agropecuaria, que se vieron incididos por la imposibilidad de aplicar el ajuste por inflación impositivo, en una puja con la Administración Fiscal para lograr el reconocimiento de la desvalorización monetaria producida fundamentalmente durante el período 2002. En estos casos, muchas asociaciones rurales resultaron favorecidas en primera instancia judicial por medidas cautelares.⁸²

La otra vía que se ha activado para la defensa de intereses grupales es aquella orientada desde el ámbito público, su máxima expresión se ha consolidado a través del “ombudsman”, o “defensores del pueblo”, a los que también en algunas naciones (como en nuestro caso) se le confiriera status constitucional. En el caso de la República Argentina (como ya adelantáramos) la introducción de la figura del “Defensor del Pueblo” se debe asimismo a la ya comentada reforma constitucional del año 1994. El art. 86 del Capítulo Séptimo de la Sección Primera del Título Primero de la Segunda Parte, expresa:

“...Art. 86. (Ambito. Funciones) – El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su

⁸¹ “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Estado Nacional s/Amparo”, Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa Federal N° IV, 20.04.1999.

⁸² “Sociedad Rural de Río Cuarto”, Juzgado Federal de Río Cuarto, 11/2/03; “Sociedad Rural de Comodoro Rivadavia”, Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia; “Asociación de Agricultores y Ganaderos de Bahía Blanca”, Juzgado Federal de Bahía Blanca, 7/4/03; “Unión Industrial de Córdoba”, Juzgado Federal N° 1 de Córdoba, 9/4/03

misión es la defensa y la protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El defensor del pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de la institución serán regulados por una ley especial...”

La ley N° 24.284 (de carácter preconstitucional) describe el ámbito, la competencia, las facultades y las funciones de esta Institución. Cabe destacar lo referido en los artículos 14 y 16 en cuanto a la actuación y competencia del Organismo, por la extensión que se otorga a los actos y por los alcances que se relacionan con dicha actuación:

“...Artículo 14- Actuación forma y alcance. El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente

inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos

Los legisladores tanto Provinciales como Nacionales, podrán receptar quejas de los interesados de las cuales darán traslado en forma inmediata al Defensor del Pueblo.

Art. 16-Competencia. Dentro del concepto de administración pública nacional, a los efectos de la presente ley, quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado Nacional cualquiera fuera su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pueda regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios...”

A través de esta senda se han obtenido pronunciamientos, como en el caso (ya anteriormente citado) de la validez constitucional de ciertas normas que pretendían establecer modificaciones en las alícuotas del Impuesto al Valor Agregado para ciertos servicios⁸³.

En el año 2003, el Defensor del Pueblo obtuvo sentencia a favor por la pretensión declarativa de inconstitucionalidad de una norma que estableciera una tasa aplicada sobre la transferencia o importación de gas-oil; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de

⁸³ “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ Amparo”, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 14/04/1999

primera instancia, reivindicando el principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria.⁸⁴

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe puntualizarse que la jurisprudencia de nuestro país ha sido vacilante a la hora de reconocer legitimación activa a los organismos insertos tanto en el ámbito público como privado. Entendemos que la falta de criterio judicial coherente responde a una interpretación restrictiva del texto constitucional; en tal sentido aparecen como legitimados para accionar (según el 2º párrafo del art. 43 de la CN): el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones. La base de la legitimación es distinta en los tres supuestos. El defensor del pueblo no requiere la acreditación de un perjuicio distinto al de la generalidad, como sí se requiere en el caso del afectado. Para las asociaciones la base de la legitimación estaría dada en la coincidencia entre los fines para los cuales fue creada, con el objeto de la demanda. Nuestro más Alto Tribunal a la hora de discernir si se está en presencia de verdaderos legitimados para intentar la acción, ha seguido la jurisprudencia Norteamericana que requiere para su admisibilidad la existencia de un “standing”⁸⁵, que se encuentra ligado a la legitimación de las partes para actuar y no a la materia sobre la cual versa la presentación, con base en la Constitución Americana⁸⁶

Claro ejemplo de lo anteriormente expresado se exhibe en alguna jurisprudencia restrictiva de nuestro Alto Tribunal, cuestionando la legitimidad procesal de

⁸⁴ “Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN-Mº de I.V. Dto. 976/01-Ley 25.453 s/ Amparo Ley 16.986”; CNACAF Sala II, 5/6/2003

⁸⁵ Montoya Mario Daniel; “Standing Doctrine. Sobre legitimación activa ante la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (Desde el contribuyente de impuestos hasta las víctimas de daños al medio ambiente) LL Suplemento Actualidad del 5/11/96, en cita de Chemerinsky Erwin, Federal Jurisdiction. Constitutional and Statutory Limits on Federal Court Jurisdiction; 2.3 Standing, pág. 48

⁸⁶ Algunos ejemplos donde la jurisprudencia norteamericana se ha expedido al respecto son: “Los Angeles vs. Lyons 461 U.S. 95 (1983); “Sierra Club vs. Morton 405 U.S. 727 (1972); “United States vs. Students Challenging Regulatory Agency Procedure (SCRAP) 412 U.S. 669 (1973)

grupo: en la causa “FRIAS MOLINA, NELIDA NIEVES c/ INPS-CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN PARA EL PERSONAL DEL ESTADO Y SERVICIOS PUBLICOS S/ REAJUSTES POR MOVILIDAD”⁸⁷ , el Defensor del Pueblo solicitó ser tenido por parte en los juicios de trámite por ante el Alto Tribunal vinculados a pedidos de actualización de haberes previsionales y formuló pedido de pronto despacho con relación a tales causas. La Corte interpretó que el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos estaría legitimado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional, respecto de actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder, y agrega:

“...Que no resulta óbice a lo expresado la justificación formulada con sustento en lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, toda vez que resulta improcedente la asimilación pretendida respecto a derechos de incidencia colectiva en general, habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones formuladas por los beneficiarios y de que éstos se encuentran facultados para efectuar las peticiones que estimaran procedentes a la Corte...”

Rodolfo Barra efectúa un comentario a este fallo, exhibiendo –en general- una idea compartida con la solución y alcance otorgados, pero, asentándose fundamentalmente en la interpretación que el Tribunal Supremo otorga a la competencia del Defensor del Pueblo en cuanto –exclusivamente- a la defensa

⁸⁷ CSJN, 12/9/96, Fallos: 4.XXVIII

de derechos de incidencia colectiva referidos a: *“...hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control de las funciones administrativas...”*

A partir de allí y utilizando lo que a nuestra investigación compete, el tratadista incursiona en la definición y encuadre de los derechos de incidencia colectiva, expresando:

*“...El derecho de incidencia colectiva puede definirse a partir de su situación de crisis, es decir frente al agravio. Cuando se agravia a alguien por una característica que es esencialmente (no accidentalmente) participada por otros (aunque sea temporalmente, pero no por azar o por imperio de ocasionales circunstancias) ese agravio incide en las restantes personas que así, por ello y sólo por ello son consideradas a los efectos del art. 43 de la CN como miembros de un colectivo –así determinado- por lo que puede afirmarse que el agravio incide colectivamente...”*⁸⁸

Nos enseña Gordillo con relación a la reforma constitucional de 1994 que: *“...El nuevo texto constitucional no se limita a lo dispuesto -a título ejemplificativo- en la primera parte del segundo párrafo del art. 43: derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En efecto, la cláusula final que incluye a los “derechos de incidencia colectiva en general” es, a texto expreso e inequívoco, genérica...”*

Continúa diciendo que *“... En rigor, y como se advierte todo el nuevo capítulo segundo de “nuevos derechos y garantías” se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. Por ello su natural corolario*

⁸⁸ Barra Rodolfo C; “Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia”; ED, Tomo 169-433; 22/10/96

*procesal se encuentra en el art. 43. Admitir tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio. Es la antigua doctrina de los casos Siri y Kot. No puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero no exista acción...'*⁸⁹

Recogiendo nuevamente las alternativas planteadas en el fallo “DEFENSOR DEL PUEBLO C/ PEN –DTO. 976/01” resulta importante analizar la ampliación de los fundamentos de la Dra. Jeanneret de Pérez Cortés (por su voto), cuando expresa:

“...Si bien la defensa de falta de legitimación activa no fue planteada ante primera instancia, razón por la cual asimismo corresponde desestimarla, en atención a la trascendencia que el punto reviste, estimo adecuado formular algunas consideraciones al respecto.

Parto de que en el artículo 42 de la Constitución Nacional se reconoce el derecho de consumidores y usuarios a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (el énfasis no pertenece al texto). Y en el artículo siguiente se prevé podrán interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor; así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines. Por otra parte, en el artículo 86 se establece, como misión del Defensor del Pueblo, “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante

⁸⁹ Gordillo Agustín A.; “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1996, página 7 y ss.

hechos, actos u omisiones de la administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas” (el énfasis no pertenece al texto). Y, a continuación, sin efectuar distingo alguno, se reconoce que tiene legitimación procesal; por lo que es adecuado interpretar que ella es otorgada para promover acciones en ejercicio de sus funciones, en todo cuanto hace a las cuestiones de su competencia.

A la luz de las normas reseñadas no es posible negar legitimación procesal al actor toda vez que, por un lado, se encuentra defendiendo los intereses económicos de los consumidores de gasoil que sufren un aumento –que considera ilegítimo- en el precio del combustible (arts. 42 y 43, cit.) y, por el otro, vela por el cumplimiento adecuado de funciones administrativas públicas en tanto estima que la decisión del Poder Ejecutivo –al crear el impuesto- resulta contraria a la Constitución Nacional (art. 86 cit.)...”

La Corte negó legitimación, también en el año 2003, por cuestiones impositivas a entidades de grado, como en los autos **“Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ AFIP s/amparo” (C.1592.XXXVI, del 26/8/2003) y “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/ acción de amparo”**

En materia tributaria el vuelco de singular importancia en la jurisprudencia de la Corte a partir de **“Halabi”**, tampoco tuvo hasta ahora una respuesta favorable

Allí como ya desarrollamos, el Máximo Tribunal efectuó a través del análisis de los derechos de incidencia colectiva en un caso de específico la pertinencia de la acción colectiva ya que consideró que, a ese respecto, hay un faltante

legislativo, existiendo una clara afectación del acceso a la justicia. No se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados deba promover una nueva demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma.

Dicha acción resultará procedente en aquellos casos referidos a materias como el ambiente, al consumo, o a la salud, o afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos como son –sin lugar a dudas- y en muchos casos los contribuyentes como clase.

Los integrantes de la Corte formularon algunas precisiones para que tengan en cuenta jueces que tratan acciones similares:

- resguardar el derecho de defensa en juicio
- la precisa identificación del grupo o colectivo afectado
- la idoneidad de quien pretenda asumir su representación
- garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio
- implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo

objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

De todos modos es aun realmente complejo establecer la posibilidad de acción colectiva con intereses homogéneos y mucho más convencer al Alto Tribunal de la legitimación en cada caso.

Más recientemente, en fecha 9 de diciembre de 2015, el tribunal supremo tuvo oportunidad de expedirse en los autos **“Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento (CSJ 1193/2012 (48-C) /SC1)**

Llegan los autos a la CSJN, en tanto la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal había dejado sin efecto la sentencia de primera instancia y, en su consecuencia, había hecho lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por la demandada. Esta decisión fue adoptada en el marco de la causa instada por la asociación de “Consumidores Libres”, que opusiera una acción colectiva en los términos de la ley 24.240 con el objeto de que se ordene a AMX Argentina (compañía de telefonía celular móvil) para que cese en el cálculo erróneo del Impuesto al Valor Agregado sobre el servicio de telefonía que presta a todos sus clientes responsables inscriptos frente al gravamen y restituya lo cobrado en demasía.

Analizó la Corte, las cuestiones trascendentes en esta clase de conflictos: a) que exista un conflicto identificable con un colectivo afectado; b) que ese conflicto

provoque una afectación de intereses homogéneos y; c) que quien intente la acción tenga la suficiente legitimación activa.

La Corte, en este caso, parece encontrar una insuficiencia en la determinación del colectivo relevante y la determinación de sus miembros. Aquí la Corte, expresa que fue confusa esa identificación, por cuanto, la asociación accionante habló en distintas formas de los “...responsables inscriptos frente al impuesto...” y en otra oportunidad del “...total de los afectados...”

Esta insuficiencia, de acuerdo con la Corte lleva a interpretar que la asociación de “Consumidores Libres” carecía de la legitimación necesaria para efectuar la acción colectiva enderezada.

De la misma forma, no han obtenido favorable acogida los planteamientos colectivos de ciertas instituciones en los tribunales inferiores. Dos precedentes muy recientes indican las limitaciones que se encuentran para acceder a las demandas colectivas acudiendo a la defensa de intereses homogéneos.

Tal es el caso, por ejemplo, de lo debatido en “**Sociedad Rural de Tres Arroyos c/ AFIP-DGI-PEN s/ acción declarativa de certeza-ordinario**”, en el que la Cámara Federal de Mar del Plata con fecha 18/6/2014, negó legitimación a la entidad que, en representación de sus asociados para que se declare la inconstitucionalidad de las normas que disponen la inaplicabilidad del ajuste impositivo por inflación (arts. 39 de la ley 24.073; 4º de la ley 25.561 y 5º del decreto 214/2002). Similar situación se produjo en la causa “**Gremio AEFIP y otros gremios c/ Estado Nacional-PEN y otro-amparo ley 16.986**”, en el que la Cámara Federal de Córdoba con fecha 26/6/2014, negó la legitimación procesal colectiva a determinados gremios de la Ciudad de Córdoba, invocando

la representación prevista en el art. 31, inciso a) de la ley 23.551 en petición a que se declare la inconstitucionalidad de las omisiones incurridas por el Poder Ejecutivo Nacional por incumplimiento del deber legal de actualizar anualmente el monto no imponible previsto como deducible en el art. 23 de la ley del impuesto a las ganancias, de conformidad con lo dispuesto por el art. 25 de la ley 20.628, en función del art. 4º de la ley 26.731.

Hasta ahora, la dogmática, los textos constitucionales, la legislación positiva y la jurisprudencia han tendido a aislar al sujeto pasivo de la relación tributaria, en una suerte de círculo cerrado orientado a la preservación de la relación obligacional que lo une al sujeto activo; pero el avance de las necesidades estatales en cuanto a la captación cada vez más amplia de recursos genuinos y las potestades adicionales que se les han delegado a las Administraciones Tributarias, han provocado que ese aislamiento se tradujera en una correlativa pérdida de eficacia en la preservación de los derechos y garantías que asisten al contribuyente. De esta forma, la tutela de los derechos individuales, la armonización de las garantías de raigambre constitucional han perdido terreno frente a las potestades públicas. Este es el momento –entonces- para el reconocimiento gradual –pero sin pausas- de un derecho colectivo de los contribuyentes, en aras al rescate de la relación de derecho en detrimento de la relación de poder.

El decurso de las ideas y las recopilaciones efectuadas, nos permite arribar a ciertas conclusiones básicas. Cabe, en principio, formular una tendencia concreta acerca de la ubicación de los derechos de incidencia colectiva, tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho comparado. Existen definiciones amparadas en los derechos de segunda y tercera generación (difusos o de

incidencia colectiva) en cada vez más numerosos plexos constitucionales y en ordenamientos positivos. La incidencia colectiva a través de la identificación de derechos supraindividuales del contribuyente se concreta (aunque sea elípticamente) a través de las opiniones de la doctrina. En todo caso, el hallazgo del vínculo aglutinante requiere de una profundización jurídica que haga alejar la idea de un desmembramiento en la relación tributaria.

Para estas indagaciones se puede localizar un sustrato práctico en las proyecciones normativas; pues entonces, necesariamente, el fenómeno debe abordarse desde el método inductivo. Partiendo de la base referida a la legitimación activa de asociaciones e instituciones de carácter público para asumir las defensas ante agravios que, individualmente considerados, se expanden al colectivo en virtud de la activación de la “incidencia colectiva genérica” y reputando que, la jurisprudencia encuentra –en ciertos casos- más objeciones en la legitimación que en la materia, la expansión al espectro tributario es decisiva; queda –entonces- por formular el principio que identifique a los derechos de manera uniforme y por desechar los reparos que tal identificación provoque en la hipotética ruptura de la individualidad.

A partir de esa realidad, el paso siguiente consiste en determinar el vehículo que normativamente acuerde la facultad de promover el resguardo de los mencionados intereses. Apareta como solución posible, insertar la idea de los derechos de incidencia colectiva dentro de una más amplia conformación de la programática constitucional a través de leyes de derechos y garantías que recojan las propuestas iniciadas en los primeros pasos de esta investigación; y

así a través de un cuerpo conjunto y monolítico equilibrar definitivamente las prerrogativas estatales y las garantías del contribuyente.

El reconocimiento legislativo de los derechos de los contribuyentes y de organismos creados desde la órbita pública o privada para garantizar su defensa en forma colectiva no hace más que partir de la idea de una nueva cultura tributaria basada en la confianza y colaboración entre la administración fiscal y el administrado.

A modo de conclusión de estos puntos

En virtud de todo lo desarrollado y expresado en los puntos precedentes ya modo de conclusión y resumen, expresamos:

- La inclusión en numerosos Plexos Constitucionales de una nueva “generación de derechos” identificados como “difusos” o de “incidencia colectiva”, para la protección efectiva de grupos sociales, ha arrojado resultados positivos. La asunción de la defensa a través de organizaciones o entidades privadas o Instituciones Públicas (Defensor del Pueblo) y por mecanismos especiales de “amparo colectivo” ha hecho reconocer no solamente la naturaleza de tales derechos, sino también la prodigalidad de la defensa colectiva y –como producto- una distinta conciencia de grupo.
- La tecnología a pesar de mostrarse como una instancia neutral, encarna formas de poder y de autoridad y aún en su diseño se pueden encontrar pautas que van a ordenar la vida social de muy diferentes maneras. Cuando se intenta imponer una ideología que cambia en algo nuestras vidas reaccionamos ante lo que entendemos como una amenaza, pero la tecnología puede hacer esa misma labor presentándose como si fuere

apolítica. De allí que las tecnologías en forma de instrumentación tienen la misma característica que las leyes: tienden a perdurar.

- Si la tecnología equipara a todos los contribuyentes y las obligaciones que de ella se generan los igualan en conjunto y sin distinciones, debe pensarse en la activación de un derecho más global y que contemple por igual a todo el colectivo frente a los avances tecnológicos que lo tienen como destinatario.
- Entendemos que resultaría un terreno fértil de debate considerar la idea del status de contribuyente como integrante de un grupo social, es decir asimilado a los derechos de tercera generación, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda. No olvidemos, que en realidad, la sociedad toda compone un grupo social que -a través del tributo y de las obligaciones de tipo formal- tiene la responsabilidad del sostenimiento del estado.
- El decurso de las ideas y las indagaciones efectuadas, nos permite arribar a ciertas conclusiones básicas. Cabe, en principio, formular una tendencia concreta acerca de la ubicación de los derechos de incidencia colectiva, tanto en nuestro ordenamiento como en el derecho comparado. La incidencia colectiva a través de la identificación de derechos supraindividuales del contribuyente se concreta (aunque sea elípticamente) a través de las opiniones de la doctrina. En todo caso, el hallazgo del vínculo aglutinante requiere de una profundización jurídica que haga alejar la idea de un desmembramiento en la relación tributaria.
- Se puede localizar un sustrato práctico en las proyecciones normativas; pues entonces, necesariamente, el fenómeno debe abordarse desde el método inductivo. Partiendo de la base referida a la legitimación activa de asociaciones e instituciones de carácter público para asumir las defensas

ante agravios que, individualmente considerados, se expanden al colectivo en virtud de la activación de la “incidencia colectiva genérica” y reputando que, la jurisprudencia encuentra –en ciertos casos- más objeciones en la legitimación que en la materia, la expansión al espectro tributario es decisiva; queda –entonces- por formular el principio que identifique a los derechos de manera uniforme y por desechar los reparos que tal identificación provoque en la hipotética ruptura de la individualidad.

- A partir de esa realidad, el paso siguiente consiste en determinar el vehículo que, normativamente, acuerde la facultad de promover el resguardo de los mencionados intereses. Aparenta como solución posible, insertar la idea de los derechos de incidencia colectiva dentro de una más amplia conformación de la programática constitucional a través de leyes de derechos y garantías que recojan las propuestas desarrolladas en los puntos anteriores y así a través de un cuerpo conjunto y monolítico equilibrar definitivamente las prerrogativas estatales y las garantías del contribuyente.
- El derecho comparado se sitúa pasos adelante de nuestra propia realidad, las experiencias internacionales se vuelcan a considerar que la relación de los contribuyentes con la Administración Tributaria “...está siendo objeto de profunda revisión en todos los países democráticos avanzados. Los ciudadanos, obligados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, demandan conocer con precisión el alcance de sus obligaciones y el repertorio de sus derechos, así como las garantías procedimentales que encauzan la actuación de los órganos de la Administración Tributaria”. Estas contundentes palabras pertenecen a la

Memoria de la Ley Española 1/98 de “De Derechos y Garantías del Contribuyente”.

- Como síntesis final queremos expresar que las declaraciones, derechos y garantías enunciados en las Cartas Magnas, que dan sustento a los principios que orientan a la tributación, son en muchos casos, criterios de reparto y cláusulas programáticas que -por ende- necesitan de implementación y regulación a través de la norma. Estos derechos constituyen verdaderos “derechos esculpidos” por la doctrina y la jurisprudencia, que se traducen en normas positivas que los contienen en forma dispersa, incompleta y desarticulada. Por tales razones -entendemos- que aquellas normas que materialicen los derechos y garantías provocarán la formulación de los programas tributarios constitucionales en forma ordenada, completa y coherente.
- Es necesaria entonces la formulación de una declaración de derechos y garantías frente a la tecnología tributaria que pueda contener en forma clara y precisa los derechos esenciales que –seguramente- enunciarán e identificarán principios que tendrán a todo el colectivo como figura de protección asegurando –de este modo- el pleno goce de tales derechos y garantías