

Revista Jurídica 2022 | 2023



COLEGIO DE LA ABOGACÍA
2º Circunscripción

Casa del Foro

Revista Jurídica

AÑO 2022 / 2023

INDICE

Colegio de la Abogacía de Rosario - Directorio	6
Dirección Editorial	7
Consejo Académico	8
Palabras del Presidente del Colegio	9
Palabras del Coordinador de Institutos y Comisiones	10
Palabras de la Directora de la Revista	12

EJE 1

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

<i>Arias, María Paula</i> , “Los principios del Derecho del Consumidor como herramienta tutelar en entornos digitales”.....	15
<i>Mendíaz, Javier y Rankin Silvia</i> , “Riesgos cibernéticos. Su cobertura asegurativa. Deber de información y comunicación del siniestro al afectado”.....	31
<i>Frúgoli, Martín y Virgolini, Laura</i> , “Análisis Económico del Derecho, Ciencias del comportamiento y nuevas tecnologías para operadores jurídicos”.....	44
<i>Padularrosa, José Luis</i> , “El derecho al olvido en Argentina”.....	55

EJE 2

DERECHO Y VULNERABILIDADES

<i>Dibssié Auak, María Inés</i> , “Vulnerabilidad por género como fundamento de medidas de acción positiva en la Seguridad Social: el caso del reconocimiento de aportes por tareas de cuidado”.....	68
<i>Ortiz, Diego</i> , “Violencia económica hacia las personas mayores”.....	80
<i>Testa, Martín</i> , “Vulnerabilidad y consumidor: los animales no humanos como sujetos vulnerables y expuestos en las relaciones de consumo en Argentina”.....	90

EJE 3
DERECHO Y ACCESO A JUSTICIA

<i>Castro, Verónica A.</i> , “La socioafectividad y la incidencia del triple vínculo filial sobre el colectivo vulnerable de niños, niñas y adolescentes”.....	102
<i>Musa, María del Carmen y Cocomazzi, Romina</i> , “Abuso sexual infantil. Entre las pretensiones de las partes y las posibilidades reales de abogados y abogadas en la Justicia penal juvenil”	112
<i>Solomonoff, Nicolás</i> , “Acceso a la Justicia de las personas privadas de la libertad: estándares internacionales en el Derecho penal disciplinario. Límites convencionales a las potestades disciplinarias del Estado”	122
<i>Ferrer, Guillermo</i> , “Derecho de acceso a la justicia y Derecho Internacional Privado: del foro de necesidad al caso Naït Litman”	131
<i>Lo Giudice, Diego</i> , “Sentencia anticipada en el proceso de daños”	140
<i>Nadalini, Gustavo Marcelo</i> , “Algunas reflexiones acerca del acceso a la justicia en defensa de la posesión y de la tenencia”	154
<i>Urrutia, Liliana Aída Beatriz</i> , “Hacia un Derecho Privado género-sensitivo: abogar y juzgar con perspectiva de género y diversidad”	171

DIRECTORIO

Período 2021-2023

Presidente

Lucas Galdeano

Vicepresidenta

Valeria Laura Argüello

Secretario

Sergio Tomás Chitarroni

Tesorera

Natalia Carina Arancibia

Vocales

Agustín Raúl Borgatello

Liliana Aída Beatriz Urrutia

Juan Manuel Fascia

Laura Primucci – M. Florencia Blotta

Felipe Amormino – Fernando E. Varano

Hernán Ezequiel Bayot

Carlos Gustavo Ensinck

Verónica Liliana Reynoso

Eva Juliana Calabria

Mario Astolfo Romano

DIRECCIÓN EDITORIAL

Liliana Aída Beatriz Urrutia

SECRETARIO

José Luis Padularrosa

La dirección respetuosa de la propiedad intelectual
reproduce los originales sin modificaciones.

Ellos expresan la opinión de sus autores/as y
no podrán ser reproducidos sin mencionar su origen.

Edición digital: colabro.org.ar

Rosario, agosto de 2024

CONSEJO ACADÉMICO

Díaz, Araceli

Frustagli, Sandra

Hernández, Carlos

Iglesias, Mariana

Nadalini, Gustavo

Puccinelli, Oscar

Soto, Alfredo

Trucco, Marcelo

Vazquez Ferreyra, Roberto

PALABRAS DEL PRESIDENTE DEL COLEGIO

La presente edición de la Revista Jurídica del Colegio de Abogados es el fruto del trabajo comprometido de los integrantes e invitados a participar de la excelsa labor que realizan nuestros Institutos y Comisiones.

Es por ello, que nos complace enormemente realizar esta presentación e invitación a leer esta obra de actualidad, cuyo aporte pretende ser una herramienta útil para profundizar contenidos, pero fundamentalmente para el ejercicio de la profesión.

Así, una vez más nuestra institución cumple con sus más loables fines, a través de la materialización de numerosas publicaciones de carácter jurídico, y para toda la comunidad local y con alcance nacional.

Por último, valga mi especial reconocimiento al compromiso de los colegas que participaron de esta obra como a todos aquellos, que de un lugar u otro, colaboran en la difusión de conocimiento y herramientas jurídicas para forjar una profesión más noble y de calidad.

Mi más sincero agradecimiento.

Lucas Galdeano

PALABRAS DEL COORDINADOR DE INSTITUTOS Y COMISIONES

Las palabras son siempre creadoras. En esta ocasión, resultan la expresión generosa y comprometida de un grupo de abogados y abogadas que confiaron y aceptaron el desafío de nutrir con sus ideas, con sus reflexiones, con su experiencia, esta producción.

Celebramos que las autoridades de nuestro Colegio hayan decidido renovar esta Revista, y recuperar con ello un compromiso estatutario que revitaliza un sello de identidad rico y valioso.

Toda la autoría de esta obra –que es fundamental y mayoritariamente la ofrenda de miembros de Institutos y Comisiones de la Casa- conforma un escenario diverso y fortalece una labor que de manera permanente se desarrolla en cada uno de ellos.

Escribir en derecho y publicar lo que se escribe es un acto de entrega, pero también es un acto de coraje. Quien lo hace se abre a otros, a sus miradas, a sus reflexiones, a sus acuerdos y disidencias. Y en cada párrafo que cada otro hace suyo, se enlaza una complicidad tácita entre los que integran un territorio disciplinar común.

Aquí, cada artículo se integra en un diseño colectivo, creando un elenco múltiple de temas y especialidades. Esa diversidad, lejos de perturbar la armonía del resultado, exhibe la profusa y atractiva variedad de áreas y materias que caracteriza a nuestra ciencia y al trabajo de todos los espacios colegiales. Es una muestra parcial, es cierto, pero satisfactoria, del hacer cotidiano de tantísimos colegas.

Con esta elaboración, el Colegio convalida nuevamente, una de sus funciones sensibles y esenciales, cual es la de impulsar y sostener acciones de profundización en el estudio del derecho y la capacitación permanente de cada colegiado. Pero también la de proyectarse a la sociedad, tendiendo puentes a la comunidad que nos integra, comprometiéndose con la complejidad de su tiempo y de su realidad.

Esta Revista, en fin, invita a un diálogo. A compartir, a debatir, a incentivar otros decires. Propone encontrarnos, en el silencio de la palabra escrita y en el bullicio necesario de las ideas.

Agradecemos cálidamente a cada colega autor que nos regaló su tiempo, sus ganas, su entusiasta acompañamiento. A quienes coordinaron esta edición, por materializarla y posibilitar su publicación. Al personal administrativo del Colegio por asistir sin tiempos este emprendimiento. A las autoridades, al Presidente y todo el Directorio, por confiar, por creer y por la libertad en el hacer.

Que esta publicación reinaugure el camino para muchas otras, que incentive, que nos represente, que nos reconozcamos en ella, que, nos reencuentre.

Gustavo Nadalini

PALABRAS DE LA DIRECTORA DE LA REVISTA

Colegas de la Abogacía:

Es tiempo de cosechar los frutos de una gran y comprometida tarea de quienes construyen el derecho día a día con sus haceres y saberes, y quienes tan generosamente aceptaron formar parte de este proyecto.

Es por ello que nos alegra presentar esta obra, que esperamos sea de suma utilidad para el ejercicio diario de la profesión, además, de enriquecer nuestro acervo jurídico.

Entre las funciones de nuestro Colegio de la Abogacía¹, se encuentra el deber de mantener una biblioteca, como, asimismo, una revista jurídica. Así, podemos dar testimonio de la actualización permanente de nuestra biblioteca con nuevas incorporaciones bibliográficas y suscripciones con editoriales jurídicas, manteniendo la vigencia de los temas que en una sociedad tan vertiginosa nos interpelan como profesionales del Derecho.

En línea con estos deberes asumidos, desde el Colegio brindamos una nueva herramienta que es la Biblioteca virtual, a la cual se puede acceder a través de la página web institucional.

En cuanto al deber de publicar una revista jurídica, nuestro Colegio ha dado cuenta de esta labor a través de los años, que no sólo desde el Directorio sino, también, de sus diversos Institutos y Comisiones, ha realizado numerosas publicaciones de los más variados temas jurídicos que hacen al ejercicio profesional.

Es así, que, en esta oportunidad, tenemos el agrado de presentar esta nueva publicación (edición 2022/2023), y les invitamos a la lectura de los artículos jurídicos que nos comparten las y los autores de esta obra, quienes en su mayoría son autoridades e integrantes de los Institutos y Comisiones.

¹ Colegio de la Abogacía de la 2da. Circunscripción de la provincia de Santa Fe, denominación adoptada mediante Acta de Directorio Nro. 2.424 de fecha 16-03-2023, en la cual "... se acuerda aprobar el cambio de denominación de la entidad por "*Colegio de la Abogacía de la 2da. Circunscripción*", el que se utilizará en aquellas publicaciones, comunicaciones, redes sociales, correos, etc., en las que se considere apropiado su uso, estableciéndose que se respetará en comunicaciones internas y de actividades colegiales; asimismo, se resuelve que el nombre estatutario se conservará para actuaciones oficiales."

El objetivo de esta propuesta es brindarles a los colegas y a la comunidad jurídica en general una obra que desarrolla temas de actualidad desde lo conceptual y lo práctico. Los artículos publicados en la revista se encuentran agrupados en tres ejes temáticos, que abordan las áreas más actuales de nuestra profesión. Ellos son: 1) Derecho y nuevas tecnologías; 2) Derecho y vulnerabilidades; y 3) Derecho y acceso a justicia.

Esperamos que esta obra se convierta en una herramienta ineludible de consulta.

Por último, no queremos dejar de reconocer y agradecer a las y los juristas de trayectoria, que nos honran integrando el Consejo Académico; al Coordinador de Institutos y Comisiones, el Dr. Gustavo Nadalini; a mis compañeros y compañeras de Directorio; al Dr. Lucas Galdeano por timonear este barco; a la Dra. María Florencia Blotta y al Dr. José Luis Padularrosa por el apoyo y colaboración para la concretización de esta publicación, y nuevamente a todos y cada uno de quienes generosamente compartieron sus saberes en esta obra.

A todos, gracias, porque:

“las huellas de las personas que caminaron juntas nunca se borran”

(Proverbio africano)

Liliana Aída Beatriz Urrutia

EJE 1

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO HERRAMIENTA TUTELAR EN ENTORNOS DIGITALES

María Paula Arias¹

RESUMEN

El presente trabajo analiza los principales principios del derecho del consumidor, cuya función argumental y hermenéutica cobra crucial importancia como herramienta tutelar en los entornos digitales. En primer lugar, se hace un abordaje de las funciones que cumplen los principios generales del derecho y, así, luego, se procede a exponer los principios del derecho del consumidor en la legislación vigente y en el derecho proyectado. Si bien todos los principios tienen proyecciones directas o indirectas en los entornos digitales, se han seleccionado algunos de ellos que impactan en forma inmediata en la resolución de los conflictos que se vienen presentando en la realidad social y siempre iluminados por el principio protectorio como eje fundamental e inmanente del sistema. Por tanto, se enuncian y explican los siguientes principios: de información; de acceso al consumo robustecido por el principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja; de prevención de riesgos; de equiparación de derechos y de armonización.

Palabras claves: Principios del Derecho – Consumidor – Entornos digitales

I. El protagonismo de los principios generales del derecho

El principio es un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real². En otras palabras, los principios son indeterminados, no tienen un supuesto de hecho específico. Son guías para el

¹ Presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario, Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, Profesora Adjunta de Derecho de los Contratos y de Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Magister en Derecho Privado graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Abogada litigante en el ejercicio independiente de la profesión.

² ALPA, Guido, I principi generali, en Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 69.

razonamiento legal, y ordenan que se cumplan lo máximo posible, porque siempre habrá otro principio con el cual se contraponen. Pero la colisión entre principios no es una opción, sino una ponderación³, puesto que en cada caso hay que ver cómo se mide la importancia de cada uno de ellos⁴.

En este sentido, con la utilización de la herramienta de los principios generales se puede lograr una optimización de las soluciones a los conflictos que se susciten ya que, a diferencia de las reglas, proporcionan por su grado de abertura una coherencia *a posteriori*.

Así, se ha señalado que los principios cumplen varias funciones⁵: a) función integrativa ya que sirven para colmar una laguna del ordenamiento; b) función interpretativa ya que orientan en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales; c) función finalística porque guían hacia fines amplios, de política legislativa; son pensamientos directores de una regulación posible⁶; d) función delimitadora porque constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite a las bruscas oscilaciones hermenéuticas, confiriéndoles un marco de actuación⁷; e) función fundante o argumentativa ya que ofrecen un valor para fundar internamente el ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas. A dichas funciones pueden sumarse⁸: a) función jurigenética actuando como fuente de derechos y obligaciones anexas y b) función limitativa del ejercicio de derechos, sirviendo para corregir el contenido del negocio. A través de esta función se controla la justicia o regularidad del ejercicio de los derechos.

Los principios receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según su relación con otros principios y con las reglas en un caso concreto. La aplicación total de lo que dice el principio resulta excesiva, es decir, colisiona con otros principios, otros valores u otros derechos, por ello hay que medirlos y establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a su contenido⁹.

De este modo, en ausencia de reglas expresas o en el caso de reglas contrapuestas la virtualidad de los principios generales se concretiza y su función argumental y hermenéutica

³ La ley de ponderación puede formularse del siguiente modo: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto (ALEXY, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Doha -5, 1988, pág. 147).

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 22 y ss.

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, La Ley, Bs. As., 2016, pág. 50

⁶ LARENZ, KARL, Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica, Civitas, 1985, pág. 32.

⁷ LASARTE, Carlos, Principios de derecho civil, Tomo 1, Trivium, Madrid, 1992, pag. 79 y 80.

⁸ SOZZO, Gonzalo, Consumo digno y verde: Humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y consumo sustentable), en Revista de Derecho Privado y comunitario del año 2012.

⁹ LORENZETTI, R. L., Fundamentos *op. cit.*, pág. 49

cobra crucial importancia. Asimismo, en el diálogo de fuentes los principios generales sirven de puente armonizador de la normativa.

Por todo lo expuesto en relación a los principios en el derecho privado en general, resulta trascendente la consagración de los principios del derecho del consumidor en el derecho positivo.

II. Principios del derecho del consumidor: en la legislación vigente y en el derecho proyectado

El principio protectorio es el principio de derecho del consumidor por excelencia. Es aquel que sirve de marco y atraviesa a todos los restantes principios y sus despliegues, dándoles una significancia particular. En otro orden se encuentra consagrado –a diferencia de los restantes- en la ley especial 24.240 (art. 3) y en el art. 1094 del CCyC, que constituye el núcleo duro del derecho privado.

En esta línea, el principio protectorio es el justificante de la disciplina consumeril y el que orienta e inspira las soluciones que se dan en su ámbito. Ello es así porque resulta inmanente a la relación de consumo.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el principio protectorio posee sustento constitucional, ya que el art. 42 de la Carta Magna manda a las autoridades a proteger los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios consagrados en su apartado primero como lo son el derecho a la salud, a la seguridad, a la protección de sus intereses económicos, a la información, a la libertad de elección y a las condiciones de trato equitativo y digno.

En lo que respecta a los entornos digitales, el principio protectorio se ve acentuado¹⁰ como un indicio del reconocimiento de la especial vulnerabilidad que presenta el consumidor frente a la tecnología.

En la Resolución 36/2019 del Mercosur -incorporada a nuestro ordenamiento nacional mediante la Resolución 320/20 de la Secretaría de Comercio Interior-, se consagran los principios fundamentales del Derecho del Consumidor. Por ende, podemos considerarlos incluidos en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Constituye un antecedente insoslayable de esta Resolución del Mercosur el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, que fue redactado por una Comisión compuesta por los juristas más prestigiosos del país y coordinada por el Dr. Carlos Hernández¹¹.

¹⁰ Esto puede observarse con la tutela reforzada que otorgan al consumidor digital los arts. 1106 y ss del CCyC y arts. 33 y 34 de la LDC.

La nómina de los principios receptados en la Resolución 36/2019 del Mercosur e incorporados a nuestro derecho positivo son los siguientes: 1. Principios de progresividad y no regresión. 2. Principio de orden público de protección. 3. Principio de acceso al consumo. 4. Principio de transparencia de los mercados. 5. Principio de consumo sustentable. 6. Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja. 7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana. 8. Principio de prevención de riesgos. 9. Principio antidiscriminatorio. 10. Principio de buena fe. 11. Principio de información. 12. Principio de armonización. 13. Principio de reparación integral. 14. Principio de equiparación de derechos.

Asimismo, en los Proyectos de reforma nacionales que se encuentran en danza se delinean un elenco de principios similar al mencionado y que deben cumplir las funciones detalladas precedentemente.

Si bien todos los principios enunciados tienen proyecciones directas o indirectas en los entornos digitales, he seleccionado algunos de ellos que impactan en forma inmediata en la resolución de los conflictos que se vienen presentando en la realidad social y siempre iluminados por el principio protectorio como eje fundamental e inmanente del sistema.

III. Proyecciones de los principios en los entornos digitales

1. Principio de información:

Los proveedores deben suministrar a los consumidores información clara, veraz y suficiente que les permita hacer elecciones adecuadas a sus deseos y necesidades. Este principio general se concretiza con las normas que regulan el derecho a ser informado del consumidor en general, es decir, el art. 4 de la LDC y 1100 del CCyC, y que tienen fundamento en el art. 42 de la Carta Magna.

Asimismo, en lo que respecta al derecho a ser informado del consumidor cuando el contrato se celebra utilizando medios electrónicos, el art. 1107 establece las directrices para que el proveedor cumpla con su obligación en el entorno digital. Así, la mentada norma preceptúa que *“si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la*

¹¹ En el año 2020 se presentó un Proyecto de Código de Defensa del Consumidor en la Cámara de Diputados (5156-D-2020). Sobre la cuestión, puede verse a Hernández, Carlos A. - Japaze, María Belén - Ossola, Federico A. - Sozzo, Cósimo Gonzalo - Stiglitz, Gabriel A., “Antecedentes y estado actual del proyecto de código de defensa del consumidor”, La Ley, 2020-A-939; Frustagli, Sandra A. - Vallespinos, Carlos G., “El proyecto de código de defensa del consumidor, en pleno debate parlamentario. Una obra de la comunidad académica nacional, con apoyo institucional y profesional”, La Ley, diario del 18/09/2020, pág. 1; Stiglitz, Gabriel A., “Código de defensa del consumidor. Novedades parlamentarias”, La Ley, diario del 06/10/2020, pág. 1; Hernández, Carlos A. - Japaze, María Belén - Ossola, Federico A. - Sozzo, Gonzalo - Stiglitz, Gabriel A., “Hacia el código de defensa del consumidor”, La Ley, diario del 15/03/2021, pág. 1 y ss.

celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”.

En otras palabras, más allá de tener que informar el contenido mínimo del contrato –al igual que cuando el mismo se celebra presencialmente- y de informar el derecho de revocación –que debe hacerlo tanto en los contratos a distancia como en los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial-, tiene que informar al consumidor cómo utilizar correctamente el medio elegido, los riesgos de su utilización y quién asume esos riesgos.

De una lectura literal de la última parte de la norma no quedaría claro sobre quien pesan los riesgos de la utilización del medio electrónico. De lo único que no hay duda es que dichos riesgos deben ser informados al consumidor. Sin embargo, las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor prevaleciendo, en caso de duda, la interpretación más favorable a éste (art. 1094 CCyC). En consecuencia, quien asume los riesgos de la utilización del entorno digital no puede ser otro que el proveedor que es el generador del riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza.

Asimismo, la proyección del principio de información en los entornos digitales se concretiza con la incorporación a nuestro derecho vigente de la Resolución 37/2019 del Mercosur a través de la Resolución 270/20 de la Secretaría de Comercio Interior, que consagra las pautas de protección al consumidor en el comercio electrónico. En este sentido, entre las directivas de la mentada norma surge que en el comercio electrónico debe garantizarse a los consumidores, durante todo el proceso de la transacción, el derecho a información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso sobre el proveedor, el producto y/o servicio y la transacción realizada (art. 1). Y luego, en el art. 2 establece una nómina detallada de la información que el proveedor debe poner a disposición de los consumidores en su sitio web y demás medios electrónicos, en ubicación de fácil visualización y previo a la formalización del contrato. La información exigida se vincula con los datos identificatorios del proveedor, las características esenciales del producto o servicio, las condiciones de comercialización, entre otros. Lo que la norma exige con vehemencia es el acceso fácil y de clara visibilidad a los términos de la contratación.

Este principio tiene despliegues concretos en el otorgamiento de créditos “pre acordados” *on line*, ya que la regulación que otorga el CCyC a los contratos bancarios con consumidores y usuarios exige que se proporcione información concreta al respecto. En este sentido, el art. 1387 del CCyC preceptúa que “antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el BCRA...”. Dentro de la obligación de informar precontractual que impone la norma surge implícito el deber de la entidad bancaria de otorgar créditos en forma responsable. Por ello, resulta evidente que el otorgamiento de créditos “pre acordados” en un entorno digital y con la rapidez que se conceden en el marco de las estafas bancarias que se están dando en la realidad social, constituye un incumplimiento claro de esta disposición legal.

Por su parte, el art. 1389 del CCyC sanciona con nulidad los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso. Dicha norma resulta coherente con lo dispuesto en la última parte del art. 37 de la LDC, que también habilita a demandar la nulidad del contrato en caso que se viole el deber de buena fe en la etapa previa a la celebración del contrato o en su celebración o se transgreda el deber de información.

A mayor abundamiento, el otorgamiento de créditos “pre acordados” con un mero clickeo y sin proporcionar la información requerida por la normativa, configura una conducta irregular o abusiva en el ejercicio del derecho de las entidades bancarias de conceder crédito, tornando operativos los efectos previstos en el art. 10 del CCyC, es decir, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

2. Principio de acceso al consumo robustecido por el principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja

El sistema de protección del consumidor garantiza el acceso al consumo de bienes y servicios de calidad. Lo dicho no es más que garantizar la participación real en el mercado, el reconocimiento de la posibilidad de llegar a consumir.

El derecho de acceso al consumo surge implícitamente de la Constitución Nacional (art. 42) en cuanto garantiza la libertad de elección¹². En otras palabras, es un presupuesto para el goce de la garantía de la libertad de elección.

¹² STIGLITZ, Gabriel – HERNANDEZ, Carlos, *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, pág. 361 y 362.

Este derecho constitucional implícito (art. 33 CN), surge de una interpretación sistémica de distintas normas constitucionales (art. 41, 42, 43, 75 inc. 19 e inc. 22). Se trata de una prerrogativa primaria de los consumidores que, si es desconocida, los restantes derechos y garantías devienen ilusorios.

En esta línea, las TICs se han incorporado a la vida diaria de los consumidores y sus grupos familiares y sociales por ser una herramienta básica que permite el acceso a otros bienes y servicios, inclusive también al ejercicio de derechos. Por ello, este principio se proyecta en las relaciones de consumo en los entornos digitales desde dos puntos de vista. El primero referido al acceso a las TICs en sí mismas y, el segundo, referido al acceso de otros bienes y servicios a través de la TICs, es decir, su carácter instrumental.

En cuanto al acceso a las TICs en sí mismas, no debe olvidarse que el acceso a internet está reconocido como derecho fundamental y humano por organismos internacionales¹³, los cuales proclaman que debe garantizarse la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, económicamente accesible y de calidad adecuada, a la infraestructura de internet y a los servicios de las tecnologías de la información y la comunicación.

El reconocimiento del acceso a internet como derecho fundamental y humano subyace en el artículo 42 CN, y en sintonía con este reconocimiento, la ley 27.078, en su artículo 1 dispone que el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) *es de interés público*, estableciéndose que debe garantizarse *la neutralidad de las redes, y el acceso de la totalidad de los habitantes de la república a estos servicios en condiciones sociales y geográficas equitativas, y con altos niveles de calidad*¹⁴.

La ley 27.078 fue modificada en algunos de sus artículos por el DNU N° 690/2020. Ello puede advertirse en el tenor que este DNU dio al texto de su artículo 15, el cual -actualmente- reconoce el carácter de servicio público esencial y estratégico de las TICs. Bajo esta perspectiva, el DNU N° 690/2020 cambia también el texto del artículo 48 de aquella ley formal, y establece la obligación a cargo de los licenciatarios de cubrir sus costos de explotación y tender a la prestación eficiente del servicio.

Finalmente, el artículo 18 del texto originario de ley 27.078 establece que el Estado garantiza *la universalidad* de los servicios de las TIC *asegurando el acceso en condiciones de calidad, asequibilidad y a precios justos y razonables, con independencia de la localización*

¹³ Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e internet (ONU- OEA - OSCE). Específicamente, la Declaración de las Naciones Unidas de junio de 2011.

¹⁴ ZABALE, Ezequiel M; *Luces y sombras de la ley 27.078 ("Argentina digital")*. Cita Online: AR/DOC/162/2015.

geográfica. Idéntica comprensión se advierte en el contenido del artículo 42 de la Constitución Nacional cuando dispone que: “... *Las autoridades proveerán a la protección de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, ..., La legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional ...*”.

En suma, más allá de las disquisiciones que actualmente existen en torno a la constitucionalidad del DNU N° 690/2020 para reconocer el carácter de servicio público al acceso a las TIC -entre las cuales ubicamos a internet-, lo cierto es que tal naturaleza ya se encontraba implícita en el texto del artículo 1, ley 27.708, en sintonía con el 42CN¹⁵ y el principio de acceso coadyuva en tal sentido. En consecuencia, cabe remarcar que este decreto profundiza el mapa conceptual y regulatorio para internet, otorgándole el carácter de servicio público esencial. En este orden, le reconoce -también- su función social y su carácter fundamental integrativo del derecho humano a la comunicación.

Por su parte, el principio de acceso se ve reforzado por el principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja¹⁶ y, por ello, se debe garantizar la accesibilidad al consumo a dichos colectivos implementando las adaptaciones necesarias. Particularmente, ambos principios hermanados tienen un impacto inmediato en la contratación bancaria a través de cajeros automáticos de las personas con discapacidad visual. En este sentido la Comunicación del BCRA 7249 “A” sobre protección de los usuarios de servicios financieros en el punto 2.2.2. preceptúa que “los cajeros automáticos destinados a los usuarios de servicios financieros con dificultades visuales deberán contar con “software” reproductor de texto-a-voz, auriculares con su respectivo conector estándar, teclado con sistema Braille o estándar con relieve resaltado y mecanismo audible y perceptible destinado a alertar el olvido de la tarjeta y/o del dinero dispensado por el equipo”.

En este mismo orden de ideas, la ley 26.653 de “Accesibilidad de la información en las páginas web” establece en su art. 1 que “el Estado nacional, entiéndanse los tres poderes que lo

¹⁵ YLARRI, Juan Santiago; *La declaración de servicios públicos a través de decretos de necesidad y urgencia. Un análisis preliminar del decreto 690/2020*, en LA LEY 07/09/2020, 07/09/2020, 1. Cita Online: AR/DOC/2957/2020: “Creo que la declaración de un servicio público —que supone una intensa regulación estatal— debe ser realizada por ley formal del Congreso, en función de lo establecido por el art. 42 de la CN. En definitiva, para asegurar un adecuado acceso de la población a los servicios de las TIC podrían haberse utilizado otros mecanismos de control ya previstos, como la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Defensa de la Competencia. Incluso, la ley 27.078, que en el año 2014 había declarado de interés público el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados, ya garantizaba la prestación de un servicio universal, a fin de asegurar a todos los usuarios el acceso del servicio.

¹⁶ El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras.

constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, empresas prestadoras o contratistas de bienes y servicios, deberán respetar en los diseños de sus páginas Web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información que faciliten el acceso a sus contenidos, a todas las personas con discapacidad con el objeto de garantizarles la igualdad real de oportunidades y trato, evitando así todo tipo de discriminación”. En esta línea, el art. 3 señala que se entiende por accesibilidad a la posibilidad de que la información de la página Web, puede ser comprendida y consultada por personas con discapacidad y por usuarios que posean diversas configuraciones en su equipamiento o en sus programas.

Se trata de manifestaciones concretas del principio de acceso al consumo con proyecciones específicas en los entornos digitales y que se encuentra robustecido por el principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad.

3. Principio de prevención de riesgos

El Estado y los proveedores deben actuar preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores.

Más allá que el principio de prevención de riesgos se recepta en forma expresa al incorporarse a nuestro ordenamiento positivo la Resolución 36/2019 del Mercosur por medio de la Resolución 320/2020, incluyéndolo en la nómina de principios de derecho del consumidor, también este principio de prevención ha sido consagrado de un modo genérico en el CCyC en el art. 1710 y se manifiesta en forma concreta en la obligación de seguridad prevista en la legislación consumeril (art. 5 y 6).

Si bien los despliegues de este principio pueden resultar insondables, la realidad social actual nos indica que puede coadyuvar a resolver los conflictos que se vienen dando en razón de la generalización de estafas bancarias ocurridas en el marco de los entornos digitales.

De este modo, la jurisprudencia se ha hecho eco del principio que se analiza al decidir en un precedente sobre una estafa bancaria que “la obligación de seguridad comprende, en los entornos digitales, que los proveedores deban velar porque las operaciones que se realicen por medio de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de atención sean seguros, y prevenir riesgos y peligros a los que puedan estar comprometidos la seguridad, los datos personales o

los intereses económicos de los consumidores, pues son los proveedores del servicio quienes los diseñan, organizan y controlan, por lo que devienen en custodios de aquellos”¹⁷.

En esta línea, el Banco Central de la República Argentina ha emitido una serie de comunicaciones tendientes a la prevención de este tipo de riesgos. Así de un modo genérico la Comunicación A 6878, punto 3.8.5., impone que: “Las entidades deberán prestar atención al funcionamiento de las cuentas con el propósito de evitar que puedan ser utilizadas en relación con el desarrollo de actividades ilícitas. Deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes”. Asimismo, impone la "implementación de mecanismos de seguridad informática que garanticen la genuinidad de las operaciones". Por su parte, la Comunicación A 5004 dispone que “cada entidad deberá diseñar y poner en práctica mecanismos de control que le permitan alcanzar un conocimiento adecuado de todos sus clientes” y que “es necesario que la entidad verifique, por los medios que considere más eficaces, la veracidad de los datos personales y comerciales más relevantes. Los datos obtenidos para cumplimentar el conocimiento del cliente deberán actualizarse cuando se detecten operaciones consideradas inusuales de acuerdo con la valoración prudencia de cada entidad, cuando se realicen transacciones importantes, cuando se produzcan cambios relativamente importantes en la forma de operar las cuentas, etc”.

De la normativa señalada surge que una manifestación del principio de prevención resulta ser la exigencia de las entidades bancarias de exigir mayores pasos en la verificación de la identidad del usuario de servicios financieros. Eso referido a la primera instancia de la estafa. El manejo irrestricto de la cuenta por el estafador no se produce porque el consumidor haya brindado los datos, sino porque el banco no toma más precauciones para asegurarse de la identidad del usuario.

El otro aspecto en el que la entidad debería tomar más precauciones tiene que ver con una segunda instancia de la estafa, en la que el impostor realiza actos a nombre del usuario. Resulta fácil para la entidad bancaria detectar e impedir actos irregulares. Por lo general, se producen varios sucesos sospechosos en pocos minutos. Se cambian todos los datos de seguridad de la cuenta, como la dirección de correo electrónico y el número de teléfono a los que se enviarán mensajes de alerta. Entonces, los mismos ya no serán recibidos por el usuario sino por el impostor. Y como ello se puede hacer con los mismos datos que el estafador ya

¹⁷ Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la provincia de Formosa, “Gonzalez, Gladys E. C/ Banco De Formosa S.A. S/ Medida Autosatisfactiva”, 24/06/22.

obtuvo del consumidor, el que debería ser el segundo nivel de verificación -mensaje de alerta-, queda desmantelado al superar el primer nivel.

El hecho que el ingreso se produzca desde un equipo y una ubicación que no es la habitual puede ser detectado fácilmente por los sistemas, igual que la registración de operaciones poco habituales en escaso tiempo –por ejemplo, la solicitud de un préstamo y las transferencias de grandes sumas de dinero- deberían generar alertas para el banco, que por lo tanto debería verificar si realmente emanan del cliente y bloquearlas cuando no sea así. Entonces, nuevamente, el hecho de que el cliente haya brindado datos, no es causa suficiente y eficiente para la producción de la estafa, que no se podría concretar si la entidad bancaria cumpliera adecuadamente su obligación de seguridad y de prevenir los riesgos intrínsecos del sistema.

En este orden de ideas, la Comunicación “A” 7319 que entró en vigor el 09/07/2021 establece que “para la autorización de un crédito pre aprobado la entidad debe verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle –a través de todos los puntos de contacto disponibles– que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente”.

Por último, resulta interesante señalar que la Comunicación A 6017 preceptúa en su art. 6.7.4. que "las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus canales electrónicos, que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción: a. Preventivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones. b. Reactivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas. c. Asumido. Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas".

Más allá que solo la primera de las fases lleva la denominación de “preventiva”, también la “reactiva” y la “asumida” conllevan ínsita la finalidad de evitar que se sigan produciendo daños al usuario o agravando los ya producidos. Por ejemplo, si la entidad bancaria no asume que un crédito pre acordado fue otorgado sin el consentimiento del cliente cuando éste lo desconoce y pretende cobrar las cuotas sucesivas a pesar del reclamo y la denuncia penal cursada.

En el marco de la problemática del “phishing”¹⁸ o “vishing”¹⁹ existe la posibilidad de encausar la tutela preventiva en forma provisoria a través de medidas cautelares²⁰ –innovativas o de no innovar- o en forma definitiva a través de medidas autosatisfactivas²¹ o acciones autónomas de prevención del daño individuales o incluso mediante acciones colectivas con fundamento en el art. 1711 y ss del CCyC y que tengan por objeto que se cumplimente adecuadamente la obligación de seguridad que pesa sobre las entidades bancarias para evitar que se produzcan nuevos daños o impedir su continuación. En estos supuestos, la función argumentativa, delimitadora e interpretativa del principio de prevención de riesgos constituye un nexo para el diálogo y la armonización de toda la normativa esbozada.

4. Principio de equiparación de derechos

Este principio implica reconocer y garantizar a los consumidores en el entorno digital un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en las relaciones de consumo entre presentes. Así, la Resolución 36/2019 del Mercosur incorporada por Res. 320/20 postuló que “los Estados Partes deben esforzarse por fomentar la confianza en el comercio electrónico, mediante la formulación de políticas transparentes y eficaces”.

¹⁸ “Phishing”: se simula pertenecer a entidades bancarias y se solicitan a los usuarios los datos de tarjetas de crédito o las claves bancarias a través de un formulario o un correo electrónico con un enlace que conduce a una falsa página web con una apariencia similar a la original.

¹⁹ “Vishing”: Es similar al phishing tradicional pero el engaño se produce a través de una llamada telefónica.

²⁰ Juzgado Civ. y Com. n° 1 de Pergamino, “Raggio Alejandro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)”, 21/09/2020; Cam. Apel. de Bahía Blanca, “Palacios, María Claudia c/ Santander Río SA s/ nulidad del acto jurídico”, 29/09/21; Juz. 1era. Inst. Civ. y Com. 2da Nom. de Villa Constitución, “Bressan, Elvira Rut c/ BBVA Banco Francés s/ demanda de derecho de consumo, sep. 2020; JCiv. y Com. Común VI de Tucumán, 04/12/2020, “Nassif Oubeid de Caucota, Paola A. y otro c. Banco Macro SA s/ sumarísimo (residual)” (expte. 2695/20) y Juz. en feria, 08/01/2021, “Abaca Diambra, Julieta c. BBVA Argentina SA s/ sumarísimo (residual)” (expte. 4244/20); JNCom. N.º 14, 06/05/2021, “Ayala González, César A. c. Banco BBVA Argentina SA s/ ordinario” (expte 5237/2021); “Pedernera, Juan Alberto c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa (trám. sumarísimo)”, LL AR/JUR/34631/2020 y C. 2a Civ. y Com. La Plata, sala I, 05/11/2020, “Pedernera, Juan Alberto c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ nulidad de acto jurídico (incidente art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Com.)”, LL AR/JUR/ 55654/2020; CNCom., sala F, 13/04/2021, “Gabrielich, Silvia E. c. Banco Santander Río SA s/ medida precautoria” (expte. 1191/2021).

²¹ Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la provincia de Formosa, “Gonzalez, Gladys E. C/ Banco De Formosa S.A. S/ Medida Autosatisfactiva”, 24/06/22.

Se trata de un principio específico del derecho del consumidor en los entornos digitales. De hecho, en los proyectos de Código de Defensa de Consumidor se encuentra regulado en el título específico denominado “contratación a distancia” y no en la parte general como los restantes principios consagrados.

Esta equiparación de derechos implica establecer un piso en el sentido de reconocer al consumidor digital al menos los mismos derechos que al consumidor presencial. Sin embargo, como es sabido el consumidor digital ya posee una protección acentuada tanto en la LDC como en el CCyC. En este sentido, se le reconoce el derecho de arrepentimiento entre otros derechos que no posee el consumidor presencial –al menos en todos los contratos porque como sabemos en los contratos celebrados fuera del establecimiento también se reconoce-.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de antaño al resolver una estafa cometida a través del uso de cajero automático sostuvo que “el robo o hurto de un local bancario debe asimilarse a las estafas cometidas a través de cajeros automáticos o el sistema de homebanking. La normativa del BCRA no sólo brinda instrucciones a los bancos en materia de seguridad en sus locales sino también en lo relativo a las transacciones electrónicas. Así, mal puede sostenerse que este hecho no pudiera ser previsto por el banco. En rigor, debe ser objeto de particular atención por la entidad bancaria en orden a ofrecer a sus clientes la suficiente seguridad para evitar los previsibles y reiterados ataques de delincuentes. Las agresiones pueden concretarse mediante ataques físicos como electrónicos. Al no hacerlo, o fallar en el intento, el hecho de estos terceros no permite eximir al banco de su clara responsabilidad²². El argumento esgrimido no es otra cosa que una aplicación implícita del principio de equiparación de derechos, el cual debe inspirar para obtener soluciones equitativas y protectorias a los conflictos que se susciten.

5. Principio de armonización

Resulta fundamental armonizar los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible una adecuada protección y tutela de los derechos de los consumidores con el desarrollo económico y tecnológico, siempre fundamentado en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores.

Según la RAE, armonizar significa “poner en armonía, o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin”. En

²² CN Com. Sala D, “Bieniauskas, Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, 15/05/2008, LA LEY 21/07/2008, 3.

este sentido, la utilización de los entornos digitales beneficia a todos los participantes de las relaciones de consumo –proveedores y consumidores- ya que facilita la colocación de los productos y servicios en el mercado, aumenta las posibilidades de interactuar con distintos sujetos, amplía el espectro para la elección de productos y servicios, disminuye los tiempos de elección y, por consiguiente, reduce los costos en beneficio del consumidor.

Sin embargo, los mismos entornos digitales que proporcionan beneficios a proveedores y consumidores también acrecientan la desigualdad por falta de conocimiento del medio tecnológico empleado generando un tipo de hipervulnerabilidad: el analfabetismo digital. Dicho analfabetismo suele manifestarse en el desconocimiento de cómo funciona la tecnología, en el desconocimiento del manejo de datos, es decir, de cómo navegar productivamente, cómo distinguir lo verdadero de lo falso, cómo proteger información sensible, entre otros.

Por ello, la utilización de medios tecnológicos requiere de una protección acentuada del denominado “consumidor digital”. En esta línea, el principio de armonización puede orientar a una interpretación equitativa tendiente a una tutela reforzada, garantizando la información, seguridad y dignidad y sin descuidar el desarrollo económico y tecnológico.

Un claro ejemplo en que el principio de armonización cumple un rol preponderante se da al momento de analizar la responsabilidad o irresponsabilidad de las plataformas o portales de comercio electrónico por los daños ocasionados al consumidor que celebra contratos a través de las mismas. Poniendo en funcionamiento el principio que se analiza, se puede alcanzar un punto intermedio entre la posición que defiende la responsabilidad total de la plataforma por ser parte de la cadena de comercialización²³ y aquella postura que establece como principio la exención de responsabilidad del portal de venta²⁴. De este modo una postura intermedia²⁵ ha sostenido la responsabilidad de la plataforma de comercio electrónico frente al incumplimiento de la obligación de seguridad y del deber de prevenir eventuales riesgos. Sin embargo, deja muy en claro que la plataforma no resulta responsable por los incumplimientos contractuales que se susciten o la frustración de los mencionados contratos. Ello es así porque la plataforma solo permite que se produzca el contacto social entre los futuros contratantes pero son los interesados quienes concluyen los negocios sin intervención del portal de venta.

²³ CN Civ. Sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique Martin y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios”, RCyS 2013-VI, 62, con nota de Roberto Diez Ormaechea; RCyS 2014-I, 27, con nota de Emilio F. Moro; TR LALEY AR/JUR/55788/2012 y C. Civ y Com. III, Jujuy, 15/09/2016, “Ferreiro, Pablo A. c. Mercado Libre S.R.L. s/ acción emergente de la ley del consumidor”, LL 16/12/2016, AR/JUR/67450/2016.

²⁴ CN Com. Sala D, 22/03/2018, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario”, LA LEY 02/05/2018, 6; LA LEY 2018-B, 526; TR LALEY AR/JUR/1780/2018.

²⁵ CNCom., Sala C, “P., D. c. OLX S.A. s/ ordinario, 30/08/2021”, ED 294, 10/11/21.

En realidad, el punto de equilibrio radica en considerar que pesa sobre la plataforma de comercio una obligación de seguridad y de prevenir riesgos en el sitio creado por ella para la facilitación de negocios y si incumple tales mandatos deberá responder por los daños irrogados. Lo ideal sería que nuestro ordenamiento jurídico regule la cuestión. Sin embargo, mientras ello no suceda será tarea de los operadores jurídicos el diseño de pautas basadas en la armonización de las reglas y principios existentes en el título preliminar, en la teoría general del contrato, en la teoría general de la responsabilidad civil y en las normas tutelares del consumidor²⁶. De lo que se trata es de equilibrar los intereses del proveedor –en este caso la plataforma digital- con los del consumidor que contrata a través de ella como preceptúa el principio de armonización analizado.

IV. Síntesis conclusiva

4.1. El principio protectorio es el principio de derecho del consumidor por excelencia. Es aquél que sirve de marco y atraviesa a todos los restantes principios y sus despliegues, dándoles una significancia particular. Se encuentra consagrado –a diferencia de los restantes- en la ley especial 24.240 (art. 3) y en el art. 1094 del CCyC, que constituye el núcleo duro del derecho privado. En esta línea, el principio protectorio es el justificante de la disciplina consumeril y el que orienta e inspira las soluciones que se dan en su ámbito. Ello es así porque resulta inmanente a la relación de consumo.

4.2. El art. 1107 *in fine* del CCyC debe ser interpretado –en virtud del principio protectorio- en el sentido de que quien asume los riesgos de la utilización del medio electrónico no puede ser otro que el proveedor, que es quien ha generado el riesgo al ofrecer sus productos y servicios a través de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de dicha naturaleza.

4.3. Dentro de la obligación de informar precontractual, que impone el art. 1387 del CCyC, surge implícito el deber de la entidad bancaria de otorgar créditos en forma responsable. Por ello, el otorgamiento de créditos “pre acordados” con un mero clickeo y sin proporcionar la información requerida por la normativa, configura una conducta irregular o abusiva en el ejercicio del derecho de las entidades bancarias de conceder créditos, tornando operativos los efectos previstos en el art. 10 del CCyC.

4.4. El principio de acceso al consumo incluye el acceso a las TIC –entre las cuales ubicamos a internet- y su carácter de servicio público esencial –más allá del DNU 690/20-

²⁶ ARIAS, María Paula, Responsabilidad de las plataformas de comercio *on line*. La búsqueda de una posición intermedia entre “Claps” y “Kosten”, ED, 10/11/21, pag. 1.

surge implícito del texto del artículo 1 ley 27.708 en sintonía con el 42 CN. En este orden, se le reconoce -también- su función social y su carácter fundamental integrativo del derecho humano a la comunicación.

4.5. El principio de acceso se ve reforzado por el principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja y, por ello, se debe garantizar la accesibilidad al consumo a dichos colectivos implementando las adaptaciones necesarias. Particularmente, ambos principios hermanados tienen un impacto inmediato en la normativa del BCRA sobre protección de los usuarios de servicios financieros que establece exigencias concretas para que las personas con discapacidad visual puedan operar a través de cajeros automáticos y en las exigencias de la ley 26.653 para la accesibilidad de la información en las páginas web.

4.6. En el marco de la problemática del “phishing” o “vishing” existe la posibilidad de encausar la tutela preventiva en forma provisoria a través de medidas cautelares o en forma definitiva a través de medidas autosatisfactivas o acciones autónomas de prevención del daño individuales o colectivas con fundamento en el art. 1711 y ss del CCyC y que tengan por objeto que se cumplimente adecuadamente la obligación de seguridad que pesa sobre las entidades bancarias para evitar que se produzcan nuevos daños o impedir su continuación. En estos supuestos, la función argumentativa, delimitadora e interpretativa del principio de prevención de riesgos constituye un nexo para el diálogo y la armonización de toda la normativa.

4.7. Los derechos reconocidos al consumidor presencial constituyen un piso que no debe ser perforado cuando nos encontramos frente a un consumidor digital. Puede que al consumidor digital se le reconozcan mayores derechos -como ocurre con la consagración del derecho a la revocación o a proporcionar información específica-, pero nunca podrán ser menores. Esta equiparación de derechos implica reconocer la vulnerabilidad agravada que posee el consumidor frente a la tecnología y que merece una tutela - al menos- equivalente.

4.8. La utilización de medios tecnológicos requiere de una protección acentuada del denominado “consumidor digital”. En esta línea, el principio de armonización puede orientar a una interpretación equitativa tendiente a una tutela reforzada, garantizando la información, seguridad y dignidad y sin descuidar el desarrollo económico y tecnológico.

RIESGOS CIBERNÉTICOS

SU COBERTURA ASEGURATIVA. DEBER DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN DEL SINIESTRO AL AFECTADO

*Javier Mendíaz¹
Silvia A. Rankin²*

RESUMEN

La problemática de los riesgos cibernéticos es un tema de actualidad que afecta tanto a ciudadanos particulares como a grandes empresas, instituciones y organismos estatales. En primer lugar, expusimos algunos índices sobre la probabilidad de ocurrencia del riesgo cibernético, y, luego, formulamos algunas consideraciones sobre los mecanismos de producción del riesgo. Seguidamente, analizamos los daños producidos por los ciberataques y las coberturas de ciberseguro. Asimismo, estudiamos cómo es el mercado asegurador de ciberriesgo en la Argentina. Y, finalmente, abordamos el deber de información y la obligación de denunciar el siniestro frente a los damnificados en el Derecho Comparado y en Argentina.

Palabras claves: Riesgos cibernéticos – Cobertura asegurativa – Deber de información y obligación de denunciar

I. Riesgos cibernéticos: la dimensión del problema

La problemática de los riesgos cibernéticos, entendidos como la capacidad de un hacker de acceder a nuestra plataforma tecnológica mediante una violación de privacidad o seguridad, y las consecuencias que los mismos producen es un tema sin dudas de plena vigencia y actualidad. Prueba de ello es el incremento de los siniestros que se han ido generando en los últimos años tanto a nivel gubernamental como empresarial y personal.

El fenómeno de los ciberataques es desde hace varios años una realidad cada más frecuente tanto en el mundo como en nuestro país. A modo de ejemplo no podemos dejar de citar algunos casos que por su trascendencia nos indican la gravedad de las consecuencias por

¹ Vicepresidente del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario.

² Secretaria del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario.

ellos generadas: así el 12 de mayo de 2017 se perpetró un ataque masivo como el denominado wannacry. Este ransomware afectó a más de 230.000 computadoras de más de 150 países, habiéndose pagado rescate en criptomonedas bitcoin. Entre las empresas y organismos afectados por este siniestro se encuentra el NHS Servicio Nacional de Salud de Gran Bretaña, Telefónica de España, Fedex, la empresa ferroviaria alemana Deutsche Bahn y la aerolínea Latam, entre las más destacadas.³

En el año 2018 se conoció el robo de información de clientes de la cadena hotelera Marriots, la que fue multada por el Organismo de Control; en el año 2020 se produce el robo de datos a Cencosud Argentina a través de un ransomware; y, también en el 2020, se produjo la encriptación de Datos de la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina con el cierre de cinco horas de fronteras por el cual se pagó rescate. En el mismo año Telecom Argentina fue víctima de una encriptación de datos que afectó a 18.000 equipos y también se pagó rescate.

Durante el año 2021, precisamente, el día 7 de mayo se produce el ataque al Oleoducto Colonial Pipeline en Estados Unidos, donde se afecta su red de suministro y sistema de facturación, provocándose una interrupción en su funcionamiento de siete días; algunos días después, el 30 de mayo, se produce el ataque al frigorífico JBS de Estados Unidos por encriptación, en donde se interrumpieron durante cinco días sus operaciones y fue pagado un rescate de 11 millones de dólares en bitcoins. En el mismo mes fue jaqueado el IHS Servicio de Salud de Irlanda por el cual también se pagó rescate. También en el año 2021 se produjo el ciberataque a CNA Seguros USA, con 15000 equipos afectados por el cual se pagó rescate, a AXA Seguros Asia por robo de datos mediante encriptación, a WEIR Minería donde se produjo el cierre de manufactura y despacho de equipos y pérdida de facturación, a Brenntag Química donde se pagó rescate, a IOSFA Instituto de la Obra Social de las Fuerzas Armadas de Argentina, donde hubo una publicación de información privada de casi 1.2 millones de militares y empleados de empresas de Seguridad Argentinas y se pagó rescate⁴, también fue víctima el RENAPER, lográndose un acceso no autorizado que consiguió extraer datos de dicho organismo que fueron vendidos en un foro de compra y venta de datos personales. Según un informe de la Dirección Nacional de Ciberseguridad, en el 2021 hubo un incremento del

³ CARELLI, Eliana, “Crece la oferta de seguros cyber en la Argentina” en Rev. Estrategas del Seguro y de la Banca del 21/6/2019.

⁴ Fuente de la información Conferencia “Ciberseguros: ¿Una protección contra los ciberataques?” organizada por Microjuris.com., RPNews, Foro para el desarrollo de las Ciencias con la disertación del Dr. Miguel Secchi, Lic. Lorenzo Preve, Ing. Alcides Ricardes, Lic. Daniel Canepa y los Dres. Martín Elizalde y Fernando Gomez, desarrollada durante el mes de noviembre de 2021

261% de ataques informáticos en el Estado Argentino con respecto al 2020.⁵ En enero de 2022 sufrió un ataque el Senado de la Nación Argentina, también durante el año 2022 fueron víctimas de ransomware empresas tales como Mercado Libre y Mercado Pago⁶, e Ingenio Ledesma, y, el 20 de abril de 2022 sufrió un ataque cibernético el CONICET.⁷ A raíz de la guerra con Ucrania fueron jaqueados datos del regulador de medios de comunicación del Kremlin en Rusia, llamado Roskommadzor por el cual se filtraron 340.000 archivos⁸ e incluso fueron jaqueadas empresas que se negaron a aplicar sanciones económicas a Rusia tales como Nestlé, publicándose entre otros datos de sus clientes, todo ello por el grupo Anonymous.⁹

Nuestra ciudad de Rosario no resulta ajena a los riesgos derivados de los ciberdelitos, resultando víctimas tanto empresas como particulares. En el primer caso resulta trascendente mencionar que, a mediados del mes de febrero de 2023, se dio a conocer por los medios periodísticos¹⁰ un ciberataque del que fuera víctima la empresa aseguradora La Segunda. El mismo según diversas fuentes se habría realizado por Ransomware con carácter extorsivo por un grupo de hackers internacional y por el que se habría solicitado cincuenta millones de dólares de rescate. Respecto a los particulares, no resulta ajeno en nuestra ciudad, la abultada cantidad de hackeos a cuentas bancarias en lo que va del 2023, que alcanza importantes sumas de dinero tanto en pesos como en dólares.

Todas estas referencias son nada más que ejemplos a fin de ilustrar la dimensión del problema que adquiere día a día mayor importancia.

II. Algunos índices sobre probabilidad de ocurrencia del riesgo cibernético

Según el ranking sobre riesgos publicado por Allianz Risk Barometer del año 2022/2023¹¹ el ciberriesgo junto con la interrupción de negocios y los desastres naturales se encuentran en el top tres de los riesgos de negocios globales para el 2022, según el mismo

⁵ “El Estado argentino detectó más del doble de incidentes informáticos durante 2021” en Diario La Nación de fecha 7 de marzo de 2022 por Sebastián Davidovsky

⁶ “Hackeo Mercado Libre y Mercado Pago: que pasó y cuántas cuentas hay en riesgo” en www.ambito.com del 8 de marzo de 2022

⁷ “El Conicet, víctima de ciberdelincuentes: roban sus datos y piden dinero para devolverlos” en Diario Clarín www.clarin.com de fecha 21 de abril de 2022

⁸ “Anonymous hackeó al regulador que censura medios de comunicación en Rusia y filtró 340 mil archivos” en www.infobae.com de fecha 11 de marzo de 2022.

⁹ “Anonymous hackea a Nestlé en una represalia por no aplicarle sanciones económicas a Rusia” en Diario Clarín www.clarin.com de fecha 23 de marzo de 2022

¹⁰ Rosario 12 27/2/2023, “Ataque informático a la compañía de Seguros La Segunda. Los hackers piden rescate millonario” entre otros

¹¹ ALLIANZ RISK BAROMETER 2022 en www.agcs.allianz.com/news-and-insights/news/allianz-risk-barometer-2022-press.html, índice elaborado por Allianz Global Corporate & Speciality. Conforme el informe de 2023, se le atribuye cada vez más importancia a los riesgos cibernéticos, en Allianz Risk Barometer 2023

índice en el 2021 el ciberriesgo se encontraba en el tercer lugar a nivel mundial, después de interrupción de negocios y pandemia. Conforme al mismo parámetro en el año 2020 los ciberataques se encontraban como riesgo número uno, en el año 2019 ciberataque era el riesgo número dos, al igual que en el año 2018, que también se encontraba como riesgo número dos, y en el año 2017 era el riesgo número tres. Según el Word Economic Forum el ciberataque se encontraba en el año 2021 como riesgo número tres en probabilidad de ocurrencia y número seis en impacto.

Como corolario de lo antes expuesto, merece citarse lo señalado por Martin Elizalde, abogado especialista en Seguridad Informática, quien señala textualmente: “Nada es comparable al riesgo informático, por la magnitud, la amplitud y la dispersión de los daños y las víctimas. Es muy difícil de predecir, su escala puede ser catastrófica y tiene una falta total de direccionalidad y de lógica”.¹²

III. Breves consideraciones sobre mecanismos de producción del riesgo

Entre los mecanismos más importantes de producción de ataques cibernéticos se encuentra el malware. El **malware** hace referencia en términos generales a cualquier tipo de software malicioso diseñado por ciberdelincuentes (hackers) que afecta negativamente al funcionamiento de un sistema de computación, teléfono móvil o cualquier otro dispositivo. Este inhabilita y daña los sistemas informáticos y toma el control de las funciones de un dispositivo con el objetivo de obtener información, interrumpir el negocio, publicitar datos confidenciales de empresas, obtener dinero del usuario en forma ilícita, etc. Entre los malwares más comunes se encuentran los virus, el adware, troyanos, gusanos, spyware, rootkit y el ramsonware, el que por su importancia detallaremos a continuación.

El ramsonware es un tipo de malware que secuestra la información de un sistema informático con la finalidad de extorsionar a la víctima, solicitando a cambio un rescate que generalmente se materializa en criptomonedas. Es un software especialmente diseñado para bloquear el acceso a datos o encriptarlos hasta que se haga efectivo el pago del rescate solicitado.

La experiencia a nivel mundial enseña que no siempre el pago del rescate garantiza la devolución de los datos secuestrados o restitución del sistema dañado, al menos en su totalidad (se estima que se recuperan entre un 80 a 90% de los datos secuestrados), por lo tanto, la conveniencia o inconveniencia de su pago está sujeta al análisis particular de cada caso,

¹² ELIZALDE, Martin, citado por Carelli, Eliana en Revista Estrategas, ob. cit.

dependiendo de las características del ciberataque y su potencialidad dañosa, entre otras consideraciones. A ello debe agregarse que existen malwares que tienen la virtualidad de permanecer dormidos por un tiempo y reactivarse con posterioridad a voluntad de los hackers, por lo que a veces los órganos de decisión prefieren una vuelta a cero de sus sistemas operativos por lo cual una primera recomendación ante el siniestro sería el no pago del rescate para no quedar a merced de los delincuentes.

Otros mecanismos de acceso a las plataformas informáticas lo constituyen el phishing, las fugas de información accidentales, las fallas de sistema de software, la intrusión de red o piratería, la pérdida o robo de dispositivos móviles por parte del personal, las fugas de información intencionales, el fraude por parte de los empleados, el robo de dispositivos móviles por terceros, el espionaje cibernético y la falta de seguridad por parte de proveedores externos.¹³

IV. Daños producidos por los ciberataques

A modo de introducción en este punto podríamos afirmar, siguiendo la tendencia doctrinaria nacional e internacional, que los daños cibernéticos pueden clasificarse en dos grandes grupos, daños propios y a terceros y estos, a su vez, en directos e indirectos.

Los daños propios son los que a raíz de la pérdida de la información afectan la propiedad de la empresa, persona u organismo víctima del ataque, entre los cuales encontramos pérdida de la propiedad intelectual, pérdida de secretos comerciales, pérdida de información de clientes y proveedores, robo de datos o daños en equipamiento o maquinarias, paralización del negocio con lucro cesante, costos y gastos de restauración de datos digitales, pago del rescate, pago de multas, entre otros. Entre los daños indirectos encontramos el daño reputacional causado por la pérdida de imagen de la empresa, la pérdida de clientela, pérdida de proveedores, etc.

Mientras que entre los daños a terceros se encuentra la responsabilidad civil derivada del ciberataque, la cual es amplísima, que puede ser por divulgación de datos de empleados, clientes o proveedores, infracción de datos de autor, dominio o marcas, extracción de dinero en el caso de bancos, billeteras electrónicas o tarjetas de créditos, obtención ilícita de créditos, lucro cesante causado a terceros por falta de prestación de bienes o servicios, responsabilidad por la transmisión de malware a terceros que causen daños, publicación en los medios que

¹³ Disertación del Licenciado Alcides Ricardes en Conferencia citada.

vulneren el derecho al honor, intimidad personal o familiar o la imagen de un tercero, entre muchos otros.

V. Consideraciones generales en torno a las coberturas de ciberseguro

Antes de avocarnos al análisis específico de las coberturas, es importante señalar que por lo sofisticado, dinámico y poco conocido del mundo cibernético resulta imposible mitigar la totalidad de los daños causados en un siniestro cibernético, como así también que resulta imposible evitar el riesgo, pese a que se tomen importantes medidas de seguridad al respecto.

La globalización y la innegable interrelación por ella producida, así lo indican. En este sentido, debemos considerar que el ataque puede provenir del mismo lugar geográfico o a muchos kilómetros de distancia, de distintos continentes, en idiomas diferentes y con legislaciones diversas, lo que trae como consecuencias diferentes tipos de coberturas según el lugar donde se emiten las pólizas y de la evolución de las legislaciones vigentes en los diferentes países, ítems que consideraremos más adelante en este trabajo.

Respecto a las coberturas de los riesgos cibernéticos podríamos agruparlos, siguiendo el esquema propuesto por Alcides Ricardes, CEO de Re Solutions, empresa de Risk Group Argentina, en: **a) aquellas que cubren los gastos y costas para solucionar la intrusión, requisitos de notificación y gastos para restaurar las condiciones previas a la intrusión; b) aquellas que cubren daños y costos de defensa por demandas cubiertas, dinero o valores pagados por la extorsión, reembolso de daños materiales, ganancias netas.** Entre las primeras, se hallan la respuesta al incidente, la protección de la información, la interrupción de red – nube, la restauración de activos digitales, las multas y penalidades reglamentarias y el incumplimiento de estándares de seguridad PCI DSS, estos últimos vinculados a protocolos de seguridad específicos de las entidades financieras que emiten tarjetas de créditos. Entre las segundas, hallamos la responsabilidad civil por información de terceros, la extorsión cibernética, la interrupción del negocio, la responsabilidad multimedia y el reembolso de la exclusión de cyber para riesgos operacionales. Según este mismo especialista se cubren dos grandes frentes: “por un lado, la responsabilidad civil hacia terceros y, por el otro, el daño material propio, aspecto que tiende a cubrir los gastos de remediación para volver a la situación anterior de seguridad y privacidad”, agregando que la cobertura es compleja y amplia y que puede cubrir hasta el lucro cesante.

En sentido coincidente el Dr. Waldo Sobrino¹⁴ destaca, citando autores y doctrina extranjera, que “De manera liminar se puede señalar que los riesgos cibernéticos de las empresas, se pueden estudiar dentro de las pautas de Liability (Responsabilidad Civil) y también del riesgo de Property (Daños Patrimoniales). En torno al riesgo de daños patrimoniales señala que los mismos en cuanto a su extensión pueden afectar tanto a personas físicas como a empresas comerciales, poniendo como ejemplo del primer supuesto el llamado internet de las cosas, esto es los aparatos electrónicos que se tienen en los domicilios particulares y que se pueden controlar desde un celular o una Tablet, tales como televisores, aires acondicionados, alarmas, cámaras de seguridad, a lo que podríamos agregar el uso de home banking, billeteras electrónicas, los vehículos y/o maquinarias agrícolas o de cualquier otra índole que posean determinados sistemas de computación en su interior para la prestación de los más variados servicios.

Va de suyo que las consecuencias patrimoniales que sufre una empresa a raíz de un ciberataque tiene una dimensión superior, pudiendo provocar daños de inusitadas magnitudes, tales como robo de datos comerciales, financieros, confidenciales, destrucción de archivos, pérdidas de beneficios e incluso interrupción del negocio.

VI. Mercado asegurador de ciberriesgo en la Argentina

Si bien en un comienzo, los siniestros cibernéticos eran de baja frecuencia y alta intensidad, con el transcurso de los últimos años los mismos se han generalizado y han aumentado en número y gravedad.

Las coberturas de seguro de estos riesgos a nivel internacional no son recientes, datan de aproximadamente diez o quince años. En un primer momento, fundamentalmente por la baja siniestralidad, las primas de las pólizas resultaban accesibles y las condiciones de acceso no eran restrictivas. Con el paso del tiempo en el mundo y en la Argentina en particular, vinculado entre otros factores con el fenómeno de la pandemia de covid 19, esta situación se fue modificando al compás del aumento significativo de los siniestros, favorecida por el mecanismo del teletrabajo que operó como una baja del nivel de seguridad de los sistemas informáticos de las empresas, lo que provocó una mayor vulnerabilidad. Esto trajo aparejado en la Argentina un endurecimiento del mercado asegurador, tanto de las condiciones de acceso al seguro como fundamentalmente por el aumento de las primas respectivas.

¹⁴ SOBRINO, Waldo Augusto, “Seguros de Cyber Risk” en www.saij.gob.ar de fecha 5/6/2017.

Anteriormente, bastaba con una simple declaración jurada del asegurado y algún otro trámite adicional para que se le brindara la cobertura. En la actualidad, siguiendo la tendencia internacional, los operadores exigen en principio lo que se denomina una auditoría de vulnerabilidades, procedimiento tendiente a detectar y solucionar el estado en que se encuentran los sistemas de los eventuales asegurados, propendiendo a minimizar y evitar el riesgo. Una vez llevada a cabo esta auditoría, se procede a cubrir las debilidades emanadas de ese primer análisis, a través de una requisitoria como condición previa a las obligaciones de la aseguradora, entre las que se encuentra: efectuar copias de seguridad de los datos, como mínimo una vez a la semana; proteger todos los sistemas informáticos mediante la instalación de un software contra malware (antivirus), que estará activo constantemente y actualizado de forma automática; tener una política de contraseñas que garantice que éstas sean únicas y largas (más de ocho caracteres alfanuméricos) como así también de doble validación, proteger todos los puntos de acceso a internet con cortafuegos (firewalls), restringir el acceso de los empleados y usuarios externos a aplicaciones e información confidencial y datos personales no necesarios para el desarrollo de sus labores. Asimismo, se trata de un contrato de cooperación y la aseguradora se reserva el derecho de realización de auditorías periódicas.

Según información que obtuviéramos vía mail de la Superintendencia de Seguros de la Nación existen en la actualidad en la Argentina varias Compañías que brindan coberturas por riesgo cibernético, entre las que podemos citar: Seguros Sura S.A., Federación Patronal Seguros S.A., Chubb Seguros Argentina S.A., Caja de Seguros S.A., Sancor Coop. Ltda. de Seguros, Cía. Aseguradora del Sur S.A., Nación Seguros S.A.

Las pólizas que ofrece el Mercado Argentino se pactan en dólares, existiendo en su clausulado expresamente el pago en moneda extranjera, siendo usual para este tipo de cobertura la utilización de las llamadas cláusulas *claims made*, que constituyen una respuesta de las aseguradoras a los daños diferidos, siendo sus notas tipificantes que el siniestro lo constituye el reclamo del tercero y no el hecho generador del daño. En este tipo de cláusulas el reclamo del tercero debe formularse durante el período de vigencia de la cobertura asegurativa.

Sin ánimo de realizar un análisis pormenorizado de las coberturas que ofrece el mercado nacional podríamos resumir que las mismas cubren: a) daños propios, entre los que se encuentran los daños **por manejo de crisis** que comprende la contratación de expertos informáticos, forenses, gastos de defensa legal ante autoridades administrativas, la recuperación de información digital, la interrupción de la actividad empresarial, la extorsión cibernética y las transacciones bancarias fraudulentas; b) daños causados a terceros, las que involucran

responsabilidad por revelar información confidencial o datos personales, responsabilidad por software malicioso o virus informático, responsabilidad por publicación en medios digitales y gastos de defensa judiciales.

VII. Regulación en el Derecho Comparado y en la Argentina

1. Deber de información y obligación de denunciar el siniestro frente a los damnificados

El desarrollo de las coberturas de los riesgos cibernéticos está directamente relacionado con la legislación. En los países en los que estos seguros fueron ganando terreno señala Ricardes,¹⁵ el factor que motorizó las ventas fue la normativa que obliga a las empresas, por un lado, a preservar la información y tener controles adecuados y, por otro, a reportar las violaciones de seguridad que pueden afectar datos de terceros, agregando que fue Estados Unidos el país que comenzó a imponer a las empresas cargas preventivas, pero también reactivas muy onerosas. Si bien destaca que cada Estado de ese país le da un tratamiento diferente, en general, ante un evento de esta naturaleza las empresas tienen que notificar a cada damnificado que su información se vio comprometida por una fuga de datos, además de hacer un monitoreo del crédito y garantizar que a esas personas no les suplanten la identidad. El costo de estas acciones post ataque es altísimo multiplicado por la cantidad de terceros afectados en cada caso. Adelantamos desde ya que, en nuestro país, en la actualidad, no existe un marco normativo suficiente, moderno y adecuado en la materia.

Con referencia al Derecho Comparado, merece destacarse la sanción del Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD), sancionado el 14 de abril de 2016, que comenzara a regir en el año 2018. Dicho ordenamiento establece respecto a las personas físicas, antes de la solicitud de datos personales un deber de informar, que incluye: identidad y datos de contacto del responsable de datos; datos identificativos del delegado de protección de datos, en caso de tenerlo; motivo y finalidad de la solicitud de datos, personas que tendrán acceso a los mismos, transferencia a terceros países, plazo de conservación de los mismos, derechos que le corresponden (acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición, portabilidad, retiro del consentimiento y presentación de reclamo ante la autoridad de control), obligatoriedad de facilitar los datos y consecuencias de no hacerlo. Esta información debe ser facilitada **por escrito** e incluirla en el documento donde se solicite el consentimiento a los clientes. También en los emails que se le envíen y en el pie de las facturas emitidas a particulares (ya que incluyen sus datos personales).

¹⁵ RICARDES, Alcides; citado por CARELLI, Eliana, ob. cit.

Asimismo, en el art. 33 del mencionado Reglamento se legisla respecto a la notificación de las violaciones de seguridad de datos personales a la autoridad de control, se indica que el responsable del tratamiento debe notificar a la autoridad de control competente sin dilación indebida y de ser posible a más tardar 72 horas después de que se haya tenido constancia del ataque. El artículo 34 regula el deber de comunicación de las violaciones de seguridad de datos personales **al interesado**, siempre y cuando dichas violaciones entrañen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas. La comunicación debe hacerse sin dilación indebida y debe materializarse en lenguaje claro y sencillo. Se establece también que cuando el responsable no haya comunicado al interesado la violación de la seguridad de los datos personales, la autoridad de control, una vez considerada la probabilidad de que tal violación entrañe un alto riesgo, podrá exigirle que lo haga. En el inc. c) del ítem 3 del mismo artículo se establece que en el caso de que el deber de comunicación suponga un esfuerzo desproporcionado, se deberá optar en su lugar por una comunicación pública o una medida semejante por la que se informe de manera igualmente efectiva a los interesados. El reglamento establece, además, importantes sanciones económicas ante su incumplimiento que pueden alcanzar hasta incluso el 4% del volumen anual de facturación de una compañía o los **20 millones de euros** en los casos más graves. Además de las sanciones económicas, el RGPD prevé tres medidas adicionales consistentes en advertencia, amonestación y suspensión del tratamiento de datos.

En la Argentina, el marco protectorio de los datos personales, lo encontramos en primer término en nuestra Constitución Nacional, en el art. 43, párrafo 3º, cuando en la reforma constitucional del año 1994, se incorpora el hábeas data. En el año 2000 se sanciona la ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, la cual si bien a la época de su dictado constituyó una norma de avanzada, hoy ha quedado visiblemente desactualizada respecto a las normas de derecho comparado que venimos mencionando. La deficiencia más notoria se encuentra vinculada a la falta de legislación respecto al deber de información y de comunicación al tercero damnificado una vez sucedido el ciberataque. Tan es así que mediante mensaje 147/2018, el Poder Ejecutivo Nacional elaboró un proyecto de reforma de la Ley 25.326 que en su esencia incorporaba muchas de las disposiciones del Reglamento Europeo de Protección de Datos, pero lamentablemente dicha iniciativa no llegó a concretarse.

A esta altura de nuestro análisis creemos necesario realizar una distinción en torno a las normas que resultan aplicables para la debida protección de los datos en nuestro derecho vigente, según sean los damnificados consumidores o no.

En cuanto a los consumidores, los mismos encuentran una mayor protección legal genérica en el deber de información contenido en el art. 1100 del Código Civil y Comercial, que amplía la redacción del Art. 4 de la ley de defensa del consumidor 24.240, cuando señala que debe informarse al consumidor “toda otra circunstancia relevante para el contrato”. El deber de información también se encuentra tutelado en nuestra carta magna en el art. 42, cuando otorga a los consumidores el derecho a una información “adecuada y veraz”.

Según la opinión del Dr. Waldo Sobrino, el art. 1100 del Código Civil y Comercial implica una profundización cualitativa y un aumento cuantitativo del deber de información, dado que se amplían sustancialmente las obligaciones que tienen las empresas.¹⁶

Derivado de este deber genérico de información, sin duda podríamos concluir que la violación de seguridad de los datos causados por un ciberataque debe ser informada al damnificado, en tanto y en cuanto efectivamente se hayan vulnerado los datos propios o particulares del interesado. La falta oportuna del cumplimiento de este deber de información sobre el siniestro, puede generar mayores perjuicios para el damnificado, como así también una responsabilidad específica derivada de ese incumplimiento. Son innumerables los ejemplos que se produjeron a menudo en las entidades financieras respecto al jaqueo de cuentas bancarias, donde no solo se dejaban sin fondos las cuentas, sino que además se obtenían en forma fraudulenta créditos bancarios preaprobados a nombre del titular. Pese a ello, no mediaba por parte del banco una comunicación fehaciente del evento al cliente damnificado.

En torno a esta temática, comenzó a observarse una marcada tendencia en la jurisprudencia a lo largo de casi todo el país de responsabilizar a los bancos ante el jaqueo de las cuentas, con fundamento en el deber de seguridad que tienen las entidades financieras frente a sus clientes.

Ello motivó a que con posterioridad el **Banco Central de la República Argentina** emitiera sucesivas normas tendientes a minimizar los riesgos relacionados con canales electrónicos, entre ellas merece destacarse la Comunicación "A" 7319 del 9 de julio de 2021, referida a la “Gestión informática y de seguridad relacionados con el sistema de créditos preaprobados”, que exige una identificación positiva del cliente, una obligación de comunicación acerca de la aprobación del mismo y establece un plazo de 48 horas para la efectivización del depósito del crédito. En la misma línea se dictó con posterioridad la comunicación A 7370 del 24/9/21 sobre “Requisitos mínimos de gestión, implementación y

¹⁶ SOBRINO, Waldo Augusto, Seguros: el 'Deber de Información', el 'Deber de Consejo' y el 'Deber de Advertencia' en La Ley del 1/2/2017.

control de los riesgos relacionados con tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados para las entidades financieras. Adecuaciones.”

Con anterioridad el Banco Central había dictado la comunicación A 7266 sobre “Lineamientos para la respuesta y recuperación ante ciberincidentes (RRCI)” del 16/4/21 que alcanzaba a entidades financieras, proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago e infraestructuras del mercado financiero. Todas estas comunicaciones han servido de fundamento legal junto al deber de seguridad para atribuir responsabilidad civil a las entidades financieras en los casos de fraudes o jaqueos cometidos en las cuentas de sus clientes.

Considerando ahora la situación de los no consumidores, podría afirmarse que de manera general, también existe ese deber de información en los contratos, a fin de preservar el principio de la buena fe (art. 9 y 961 C.C.C) y la protección de la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente conforme al art. 1067 del mismo cuerpo legal, y que la violación en el cumplimiento de dicho deber también resulta generadora de responsabilidad civil.

Entendemos que estas normas de carácter general deberían ser complementadas con normas más específicas que trataran concretamente la obligación de notificación de los eventos de ciberataques a los damnificados para dar una mayor certeza jurídica. Estas comunicaciones al tornarse obligatorias facilitarían el camino del interesado, sobre todo en materia probatoria y sería útil para prevenir mayores perjuicios minimizando el riesgo.

VIII. Conclusiones

Hay muy poca conciencia del riesgo cibernético y de su prevención, tanto a nivel de dirección de empresas, como a título personal.

Creemos que hace falta una mayor educación tanto para el público general como a nivel de organismos públicos y empresariales.

Resulta urgente y necesario el dictado de normas específicas que regulen el deber de información y comunicación de las empresas ante un **ataque cibernético** al particular interesado, estableciendo la obligatoriedad de la notificación sin dilaciones y en un plazo breve, incluyendo a personas físicas y jurídicas tanto de derecho público como privado.

También entendemos que la normativa a dictarse debería contener la obligatoriedad de la notificación del ciberataque al Organismo de Control que al efecto disponga la ley.

Toda esta deficiencia normativa, sumada a la falta de concientización, educación y difusión sobre la materia, conlleva un mercado asegurador de ciberriesgo poco desarrollado y

de difícil acceso para particulares, pequeñas y medianas empresas. Agrava esta situación la inestabilidad económica reinante en el país, el pago en moneda extranjera de las coberturas de seguro cibernético, el costo de las primas y la falta de disponibilidad económica que en líneas generales padece el sector empresario para adecuar el sistema informático a los cánones mínimos exigidos por las aseguradoras para cubrir dicho riesgo.

Por último, y más allá de la necesidad de la sanción de una legislación específica, ya señalada, entendemos que aún queda mucho camino por recorrer en el novedoso y apasionante desafío de la regulación normativa y asegurativa de los ciberriesgos, lo que seguramente demandará una mayor sinergia entre los sectores públicos y privados involucrados. En definitiva, y apelando a la famosa frase de Antonio Machado en su poema “Cantares”, deberá en torno a esta problemática, hacerse camino al andar.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, CIENCIAS DEL COMPORTAMIENTO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA OPERADORES JURÍDICOS

Martín A. Frúgoli¹
Laura A. Virgolini²

RESUMEN

El presente trabajo brindará una noción general acerca de qué es el Análisis Económico del Derecho y qué son las Ciencias del Comportamiento (para que sea comprendido tanto por quienes conocen con profundidad a dichas áreas, como así también por quienes no tienen conocimiento previo alguno). Y, además, cómo el/la abogado/a práctico/a puede utilizar las mismas para comenzar a trabajar desde innovadores campos más realistas y pragmáticos, que acerquen al “deber ser” con el “ser”. O, dicho en otras palabras, a las finalidades del Derecho con las consecuencias fácticas (mundo empírico).

Desarrollaremos muy brevemente en las líneas que siguen las nociones generales sobre el Análisis Económico del Derecho y las Ciencias del Comportamiento bajo el trazado de las nuevas tecnologías, y pasaremos luego revista de algunas evidencias verificables a nivel nacional e internacional. Todo a fin que el/la colega, o el/la lector/a interesado/a en estos temas, pueda obtener con esta lectura una mirada general y, además, algunos ejemplos concretos acerca de la evidente utilidad de estas nuevas formas de trabajar.

Palabras claves: Análisis Económico del Derecho – Ciencias del Comportamiento – Nuevas Tecnologías – Derecho y Economía

¹ Presidente del Instituto de Ciencias del Comportamiento del Colegio de Abogados de Rosario, Profesor de grado y posgrados de la Facultad de Derecho de la U.N.R., de la Facultad de Derecho de la U.B.A., de Universidad de Palermo, de la Universidad Austral, y de otras universidades extranjeras (Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Nacional de Huánuco, entre otras). Autor de casi 50 artículos de doctrina y libros en coautorías. Socio y Fundador del Estudio Jurídico “Ramonda, Frúgoli & Asoc.” Miembro de la Red Latinoamericana de *Law & Economics*. Mediador (U.N.R.). Especialista en Derecho de Daños (U.N.R.), Doctorando (U.N.R.), Cursos de Posgrados en *Chicago Law School* y *Harvard Law School* (EE.UU).

² Vicepresidenta del Instituto de Ciencias del Comportamiento del Colegio de Abogados de Rosario, Profesora Adjunta de Economía Política de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Jefe de trabajos prácticos de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de la UNR., Magíster en Derecho y Economía (Universidad Torcuato Di Tella), Especialista en Derecho Empresario (U.N.R.).

I. Análisis Económico del Derecho y Ciencias del Comportamiento. ¿Cómo se analizan los hechos y las normas? El *ser* y el *deber ser* según los operadores jurídicos³

Para aproximarnos al título es útil partir del modo en que se analizaron los hechos y las normas⁴ a lo largo del tiempo. Esto encuentra estricta relación con las posibles respuestas que daría cualquier operador jurídico en la actualidad si se le preguntase acerca de cómo cree que puede mejorar al derecho especial “x” o “y”, o al problema actual al que se le consulta relacionado al Derecho. Su respuesta tendrá que ver con lo que sigue.

En efecto, la primer respuesta que probablemente dará tendrá relación con aquello que cree “mejor”, “bueno” o “superador” de lo actual (por ejemplo de una norma o de un problema fáctico como ser “la seguridad en la ciudad de Rosario”). Pero esta respuesta, ante la formación clásica que le es inherente, seguramente tendrá mucha intuición y dogmática por la cual pretenderá basar sus argumentos. En el mejor de los casos lo acompañará de algún que otro dato desperdigado y probablemente carente de sistematización científica y empírica. Esta es la forma en que nos han enseñado y hemos aprendido fundamentalmente en el Derecho Continental (*Civil Law*)⁵.

Sin embargo, no es ni la única ni la mejor. Ergo, en el marco de trabajo seleccionado⁶, ocurrió que desde el año 1960⁷, fundamentalmente con las obras de Coase⁸, Calabresi⁹ y Posner¹⁰, ya no se utilizó la mera intuición o dogmática tradicional para justificar aquello que podía ser “bueno” o “mejor” a lo anterior, sino que se tomó un modelo de comportamiento extraído de las ciencias económicas tradicionales, de la economía tradicional para analizar al derecho. Es decir, a partir de estos trabajos comenzaron a desarrollarse análisis muy diferentes a los que se venían realizando hasta entonces. Pues, desde esta nueva mirada ya no resultaba importante analizar la doctrina puramente legal o dogmática abstracta de textos bibliográficos

³ Llamamos operadores jurídicos a todos aquellos que intervienen en el activo mundo jurídico, es decir, abogados/as, jueces/as, juristas, legisladores, etc.

⁴ Pv. ACCIARRI, Hugo A., en “Derecho y análisis del comportamiento”, en: https://www.youtube.com/watch?v=9_7Q3gshXrI

⁵ Por oposición al Derecho Anglosajón (o *Common Law*).

⁶ “No exagero cuando le cuento a mis alumnos y estudiantes que *Law & Economics* ha sido la escuela de pensamiento más impactante en el Derecho de los últimos 75 años” (“I do not exaggerate when I tell out alumni and students that Law and Economics has had more of an impact on law than any other school of thought during the past 75 years”: SCHILL, Michael, *Ronald H Coase*, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, University of Chicago Law School, 2014, p. 1).

⁷ KUPERBERG, Mark and BEITZ, Charles, *Law, Economics and Philosophy. A critical introduction with applications to the law of torts*, Ed. Rowman & Allanheld, New Jersey, 1983, p. 4.

⁸ COASE, Ronald, “The problem of social cost”, en *Journal of Law and Economics*, V. 3, 1960.

⁹ CALABRESI, Guido, “Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts”, en *The Yale Law Journal*, V. 70, 1961; CALABRESI, Guido, *The cost of accidents*, New Haven and London, Yale University Press, 1970; CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas A., “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, en *Harvard Law Review*, V. 85, 1972.

¹⁰ POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, primera publicación en la edición de 1973.

que referían a normas o jurisprudencia de manera intuitiva (a veces, con derivaciones de principios filosóficos o análisis históricos), sino que se parte de estudios sistemáticos desde la economía. Esto es, se parte de un análisis basado en ciertas predicciones que permitirían asumir que el ser humano se comporta, generalmente, de determinada manera.

¿Cuál es esta manera? Como la economía tomaba un modelo de comportamiento *racional* del ser humano para poder realizar ciertos análisis predictivos, estos modelos de comportamiento fueron del mismo modo utilizados para tratar y analizar al derecho. De modo tal que, recortando la realidad con asunciones predictivas tomadas principalmente desde la microeconomía¹¹: ley de la oferta y la demanda; maximización de la utilidad o bienestar individual; decisiones conforme a preferencias individuales; modelo del flujo circular; modelo de la frontera de la productividad; etc., se comenzó a describir al derecho (Análisis Económico del Derecho *Positivista*¹²) y hasta a proponer reformas jurídicas (Análisis Económico del Derecho *Normativista*¹³).

Cuando decimos “recortando la realidad con asunciones predictivas” queremos significar que tal modelo que asume esos comportamientos predictivos, no es pensado perfecto ni finito, sino que pretende recortar al mundo complejo (que nunca se podría analizar en su totalidad por ser tal trabajo verdaderamente infinito) y, con base a ello, predecir de manera más o menos consistente. O sea, generalmente con probabilidad más precisa y cierta que la mera intuición analítica u observacional de la dogmática jurídica tradicional o romanista.

Estos modelos, como sostuvimos arriba, se extrajeron fundamentalmente de la microeconomía. Así, por ejemplo, desde este ángulo podía afirmarse que dadas ciertas condiciones se podrían presumir ciertos resultados. Como ser, si existen cinco marcas de productos de iguales o similares características, supongamos dulce de leche clásico, y dos de las marcas aumentan su precio, podría predecirse que los consumidores aumentarían el consumo de las tres marcas que no aumentaron el precio, a la vez que bajarían el consumo de las otras dos marcas que sí aumentaron el precio. Otro ejemplo se presentaría en tanto que una persona racional antes de decidir realizar determinada conducta, como ser, matar a otra persona, incumplir una norma de tránsito o enriquecerse ilícitamente de consumidores vulnerables, analizaría *ex ante* qué costos y beneficios (o lo que es lo mismo decir, qué ventajas

¹¹ Sin desconocer algunas recientes propuestas desde la macroeconomía: v. PASQUALE, Frank, "New Economic Analysis of Law: Beyond Technocracy and Market Design", en *Critical Analysis of Law* 5:1 (2018), ISSN 2291-9732.

¹² *Positive economics, Normative economics*: V. ZAMIR, Eyal – TEICHMAN, Doron, *Behavioral Law and Economics*, New York, Oxford University Press, 2018, ps. 8 a 18.

¹³ Ídem.

y desventajas) tendría al realizar tal conducta y, con base a ese análisis previo, decidiría el curso posterior de acción. Así, evaluaría la probabilidad de ser descubierto y el costo de la sanción, con la contrapartida del beneficio de la realización de tal conducta delictiva y, luego de este *trade-off*, tomaría la decisión que más beneficio tendría para sí.

Lo anterior reflejaría que los individuos deciden con base a incentivos, de forma tal que **si se modifican los incentivos se pueden modificar sus conductas**. Los individuos deciden tomando en cuenta costos¹⁴ y beneficios, de modo que si se cambian los costos y los beneficios que ellos recibirán, se modificarían consecuentemente sus comportamientos.¹⁵

Los ejemplos podrían complejizarse con infinitas variantes, pero para ser esquemáticos reducimos al máximo la simplicidad con los brindados en las líneas precedentes.

Como observamos, la economía tradicional parte entonces de un modelo de “ser humano racional” que decide con base a incentivos tendientes a lograr más beneficios que perjuicios o, lo que es lo mismo decir, más ventajas que desventajas. Este modelo, como intentan mostrar los sencillos ejemplos, permite acercarse con más precisión que la mera intuición a los posibles resultados fácticos. La razón, entre otras, se encuentra en el enorme poder predictivo que fue logrando la ciencia social más avanzada de los últimos años: la economía¹⁶.

Claro, conviene reiterar, estos modelos resultan de presupuestos recortados de la realidad, ya que el mundo es muy complicado para tratar todo junto sin recortes o intentar predecir de manera total y precisa. Es decir, se requiere a veces algún grado de abstracción focalizada para entender al complejo mundo¹⁷.

Sin embargo, estas predicciones gozan de todo un campo sistemático y científico de trabajo. No se trata de meros pareceres como serían las siguientes frases: “Esta norma debe modificarse porque es más justo para la sociedad”; “Nosotros pensamos que la prestigiosa doctrina mayoritaria tiene razón porque así se prevendrían más daños”; “Es justo fijar \$\$\$\$ como monto de la indemnización teniendo en cuenta la edad de la víctima, sus labores, y la

¹⁴ Cada vez que mencione la palabra “costo” o “costos” me refiero al significado económico de la misma, es decir, el significado dentro de los economistas, que lo equiparan a todo esfuerzo no necesariamente de dinero, puede ser de tiempo, de desgaste físico o mental, de malestares éticos, etc. Costo que puede ser tanto individual como social (que por supuesto no son lo mismo).

¹⁵ MANKIW, Gregory N., *Principles of Economics*, Cengage Learning Inc., 9th. ed., Boston, 2018, ps. 5 y 6.

¹⁶ Richard A. Posner, Michael Faure & Roger Van Den Bergh, Eds., *Essays in Law and Economics* (1989), cit. por COOTER, Robert and ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 6th edition (2016). Berkeley Law Books. Book 2. Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>

¹⁷ POLINSKY, Mitchell A., *An Introduction to law and economics*, Little Brown and Company, Boston and Toronto, Second Edition, 1989, p. 2 y ss. (la lectura de estas páginas permitirá comprender más extensamente cómo los economistas realizan asunciones).

jurisprudencia reinante en la materia que nunca fijó un monto mayor de indemnización por la muerte de un hijo que \$\$\$\$\$\$, siendo tal el tope máximo según el prudente arbitrio judicial”; “Indemnizaciones que parecen abultadas”; “Indemnizaciones más equitativas y adecuadas a las particularidades del caso”¹⁸; “Se deben prohibir aplicaciones que no transcriban el art. 10 bis de la ley 24240”; “Se debe brindar información suficiente a los consumidores antes de contratar mediante aplicaciones”, etc., etc. A menudo, bienintencionadas propuestas pero con poca, o nula, operatividad. Este error parte, en general, de la metodología de trabajo.

En cambio, la economía *creó* un modelo racional¹⁹ sistemático que se fue acercando mejor a las predicciones asistemáticas e intuitivas o, en el peor de los casos, autoritarias, como ser cuando se pretende agotar todo un argumento bajo la frase: “Lo dijo tal eminente e incuestionable jurista”.

En definitiva, parafraseando a Mankiw²⁰, se puede decir que así como los profesores de medicina pueden enseñar anatomía básica con reproducciones artificiales del cuerpo humano, sean de plástico o virtuales, estos modelos tienen todos los órganos importantes: el corazón, el hígado, los riñones, etcétera, que les permiten mostrar a los estudiantes de una forma sencilla cómo encajan las importantes partes del cuerpo. Estos modelos no son reales y nadie los tomaría por una persona real o con vida propia. Son esquemáticos y omiten muchos detalles²¹. No obstante, a pesar de su falta de realismo –de hecho debido a ello- su estudio es útil para aprender cómo funciona el cuerpo humano.

Los economistas también utilizan modelos para conocer el mundo, pero estos en lugar de estar hechos tridimensionalmente o con algún material idóneo (madera, plástico, etc.), están formados por diagramas, esquemas, ecuaciones, o asunciones más sencillas mediante la narrativa consistente. Al igual que los modelos de los profesores médicos, los modelos de los

¹⁸ Afortunadamente en materia de cuantificación del daño la reciente jurisprudencia de la C.S.J.N. indicó nuevas exigencias en esta materia, más precisas y objetivas, pv. v.gr.: “Grippe, Guillermo Oscar y ots. c/ Campos, Enrique Oscar y ots. s/ daños y perjuicios”, 02/09/2021.

¹⁹ La Economía, en “...su versión más simple asumía, explícitamente, un postulado sencillo: las personas se comportan intentando maximizar sus expectativas. Procuran apartarse de aquello que creen les producirá displacer (costos) y perseguir aquello que les dará placer (beneficio). Si se trata de acciones que, sucesiva o simultáneamente, tendrán efecto de ambas clases, las realizarán solo si tienen el mayor saldo de beneficio neto que las posibilidades alternativas. Este modo de actuar, sumado a una base epistémica también definida, es lo que usualmente se conoce como “racionalidad”. No se trata de nada más, ni menos, que de un tipo de consistencia entre medios (acciones) y fines (necesidades, en el sentido de propósitos). Las sanciones o consecuencias gravosas de las normas (pagar una indemnización, por ejemplo) jugarían como precios: a mayor “precio” para una conducta indeseable (mayores costos generados por la probabilidad de sufrir una sanción) menor cantidad de acciones de esa clase.” (ACCIARRI, Hugo A., *Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento*, Ediciones SAIJ, febrero 2019, p. 5, disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>).

²⁰ MANKIW, ob. cit., ps. 20 y ss.

²¹ Incluso en el interesante Museo de Ciencias de Chicago, EEUU, en reproducciones tridimensionales se separan las partes del cuerpo humano porque sería imposible no hacerlo si se pretende observar mejor los detalles.

economistas omiten muchos detalles para poder ver lo que es realmente importante en el foco particular que se emprenda. Por consiguiente, de la misma manera que el modelo del profesor de medicina no tiene todos los vasos sanguíneos y músculos del cuerpo, el modelo del economista no contiene todos los rasgos de la economía, y menos aún de todo el mundo (tarea que, vale reiterar, sería imposible).

Entonces, luego de varias décadas de esta exitosa perspectiva legal²² que ha sido el *Análisis Económico del Derecho* tradicional, basado en pocas palabras en la “teoría de la elección racional” según la cual las personas en promedio buscan su propio bienestar y seleccionan las opciones que maximizan sus utilidades, comienzan a realizarse una serie de experimentos y estudios empíricos, reales y también de laboratorio, que atestiguan la prevalencia y desviación sistemática de aquél modelo de asunción *racional* de la economía clásica. Ponen su foco ahora en el rol de las motivaciones tales como la moral, la envidia, el altruismo y otras emociones del comportamiento de los seres humanos.

Esta serie de experimentos desarrollados durante los últimos 40 años fueron agrupándose de manera sistemática conformando un cúmulo de evidencia tan sólido que pretende mejorar a aquel modelo clásico o tradicional al que referimos. La base argumentativa y sobre todo empírica de tal mejora, devino tan contundente en los últimos tiempos que es posible afirmar que ha sido un **avance científico general con resultados que hablan por sí solos**²³.

Lo anterior ha llevado incluso a que la *Economía del Comportamiento* sea incorporada, recientemente, a muchos de los últimos manuales básicos de estudio de la economía general²⁴.

Estos estudios empíricos que demostraron apartamientos del modelo de “ser humano racional”, conforman lo que se conoce como “sesgos cognitivos” (*cognitive bias*). La llamada “economía del comportamiento” (*behavioral economics*) propone integrar estas ideas al modelo conductual base de los problemas de decisión. Si muchas veces decidimos de un modo

²² No libre de severas críticas o errores, en muchas ocasiones con origen en erróneas interpretaciones o traducciones desde el Derecho Continental (digo este término en oposición a Derecho Anglosajón).

²³ Tanto en el sector público como en el sector privado (excesiva cantidad de estudios podríamos citar para demostrar esto, pero basta con mencionar en el sector público dos evidencias de las llamadas “Nudge Units” – “Unidades de Ciencias del Comportamiento”-: Stefano Della Vigna – Elizabeth Linos, “RCTS to Scale: Comprehensive evidence from two nudge units”, Working Paper 27594, en *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, July 2020). Y, en el sector privado, ya podríamos decir que es un “hecho notorio” en términos del Derecho Procesal.

²⁴ V. SHEFFRIN, Steven M., “Behavioral Law and Economics Is Not Just a Refinement of Law and Economics”, *L'économie du droit comportementale n'est pas simplement un perfectionnement de l'analyse économique du droit*, ps. 331-352, disponible en <https://journals.openedition.org/oeconomia/2640> . Razón por la cual se deberían incorporar también, mínimamente, a las materias de los planes de Estudio (como ser *Economía Política* que actualmente en muchas universidades no lo contienen: por ej. en la Facultad de Derecho de la U.N.R. -al momento de escribir estas líneas-).

diferente al modelo de *expectativa de máxima racionalización*²⁵, pero esas desviaciones no son enteramente aleatorias sino que pueden predecirse (al menos probabilísticamente), parece fructífero estudiar las condiciones que influyen en ese resultado. Las desviaciones, en consecuencia, se integran como *sesgos* respecto de aquellas que resultarían de aquél modelo clásico racional. Al construir regularidades pueden ser objeto de estudio sistemático²⁶.

Lo anterior implica que, cuanto menos, **el modelo tradicional racional se mejoró por medio de las Ciencias del Comportamiento**²⁷.

En otros términos, el conocimiento de estos *sesgos cognitivos* que pueden predecirse importa para algunos una mejora de aquel modelo originario desde que predice mejor y, por lo tanto, funciona mejor en la vida real también.

De allí que la cantidad de resultados alcanzados mediante lo que ahora se conoce como Ciencias del Comportamiento, viene siendo asombrosa e inagotable. Permanentemente leemos nuevos estudios y trabajos empíricos con evidencias nunca antes alcanzadas.

En síntesis, hasta acá intentamos mostrar cómo se analiza al Derecho y la relación entre el *ser* y el *deber ser*. Esto permite reflejar por qué resulta superador el Análisis Económico del Derecho y sobre todo las Ciencias del Comportamiento para analizar y predecir mejor, a la vez de trazar un puente que aproxima a los hechos fácticos con la programación normativa²⁸.

En las próximas líneas mostraremos algunas aplicaciones del Análisis Económico del Derecho, y luego de las Ciencias del Comportamiento, con implícitas y explícitas consideraciones respecto de las nuevas tecnologías.

II. Aplicaciones

a. Aplicación de Análisis Económico del Derecho tradicional

Uno de los aportes en materia de derecho de daños y a la utilización de herramientas económicas en la evaluación de esta rama del derecho, fue el del juez norteamericano Learned

²⁵ “...las personas actuarían de un modo consistente con la máxima satisfacción de sus expectativas.” (ACCIARRI, *Derecho, economía y ciencias...*, ob. cit. p. 14).

²⁶ ACCIARRI, ídem nota precedente, p. 16.

²⁷ Si bien esto no es unánime, sí es posible afirmar que, difícilmente hasta hoy, exista algún autor que pretenda reemplazar al 100% el modelo clásico racional. Es decir, por lo general, las ciencias del comportamiento lo que hicieron fue mejorar al modelo racional de la economía clásica, pero no reemplazarlo enteramente. En definitiva, lo complementaron o mejoraron en forma más realista y con resultados empíricos numerosos.

²⁸ Como puede deducirse, en consecuencia, tomamos para este trabajo las palabras “Análisis Económico del Derecho” como género comprensivo de la “Economía Clásica o Tradicional”, que tomó como modelo al *ser humano racional*, y luego “Ciencias del Comportamiento” como evolución (o especie actual de aquél), que criticó al modelo clásico o tradicional para mejorarlo o complementarlo mediante el *ser humano emocional, semi-racional o irracional*.

Hand en el caso “United States v. Carroll Towing Co” 159 F.2d. 169 (2d. Cir. 1947)²⁹. En dicho precedente, el magistrado exteriorizó un razonamiento económico para evaluar la existencia o no de negligencia de unos de los agentes en el caso planteado. Este razonamiento condujo a la denominada “Fórmula de Hand”, de acuerdo a la cual una persona debería ser considerada culpable cuando no adoptara las medidas de prevención de un daño esperado cuyo valor es mayor a los gastos en precaución requerida para evitarlo.

La “Fórmula de Hand” se puede escribir de la siguiente manera:

$$B < P \times L$$

Donde: “B” es el costo de la precaución necesaria para evitar el daño (por el término inglés “burden”, entendido como aquello cuya carga –aquí en el sentido de “costo”-, se asume). “P”: Probabilidad de que ocurra el daño (*probability*): y “L”, Magnitud del Daño (por el inglés “losses”, pérdidas)³⁰.

En condiciones ideales, cuando la probabilidad de condena es de 100%, la compensación perfecta por daños será suficiente para disuadir eficientemente a los potenciales dañadores y que éstos adopten los niveles de cuidado deseables. Sin embargo, existen muchos casos en los que la probabilidad de condena es muy baja, por ejemplo, porque resulta antieconómico para la víctima reclamar una reparación (los daños tienen una entidad mínima para cada caso individual en relación a los costos –tiempo, dinero, etc.- de litigar) y, por lo tanto, desiste de hacerlo. Esto genera una ecuación perversa para quienes les resulta más rentable continuar dañando frente al riesgo de que uno de las miles de perjudicados pudiese reclamar y obtener una sentencia favorable que lo condene a pagar daños. Las ganancias esperadas exceden las indemnizaciones a abonar por los daños ocasionados. Ante esta situación, ¿cómo se lograría disuadir eficientemente al agente de incurrir en conductas de este tipo cuando la probabilidad de condena es tan baja? Una forma que tenga en cuenta esta lógica económica podrían ser los daños punitivos.

Este razonamiento fue empleado en el precedente “Castelli María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s. nulidad de acto jurídico”³¹. Allí se dijo: “*El equid de la cuantificación del daño punitivo radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción*

²⁹ Pv. también las severas críticas a dicho aporte en: WRIGHT, Richard W., *Hand, Posner, and the Myth of the “Hand Formula”*, Theoretical Inquiries in Law, Vol. 4, 2003, pp. 1-132.

³⁰ ACCIARRI, Hugo A. – ROMERO, Melisa, La Fórmula De Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino, June, 2007, disponible en: http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Acciarri-Romero%20-%20Formula%20De%20Hand%20y%20el%20Cheapest%20Cost%20Avoider.pdf

³¹ Castelli María Cecilia v. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s. nulidad de acto jurídico, Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 2, Bahía Blanca (28.08.2014), LA LEY 2014-E,495 (AR/JUR/44655/2014);

con función estrictamente preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas (...)”.

b. Aplicaciones de Ciencias del Comportamiento en Derecho de la Salud

En un estudio del Reino Unido se verificó que las prescripciones manuscritas de los médicos llevaron a un 50% de errores de diagnóstico en las personas que ingresaron a un hospital. La sugerencia que disminuiría estos errores pasa por incrementar formularios pre impresos en donde los médicos deban marcar algunas prescripciones particulares para cada posible afección³² (evitando incluso dolores de cabeza a quienes deben intentar descifrar historias clínicas o certificados médicos).

Aplicando las ciencias del comportamiento en las salas de cirugías médicas de urgencia, algunos hospitales lograron incrementar un 5,1% más de cirugías de pacientes que antes quedaban sin posibilidad alguna de ubicarlos. Esto trajo también como consecuencia la disminución en un 45% de cirugías en horarios y días en que los médicos se encontraban más cansados. Colateralmente, benefició la calidad de vida y organización de estos últimos (ya que disminuyeron las veces en que debían salir corriendo a cualquier horario en emergencias médicas, lo que a su vez disminuye su atención y diligencia) (MULLAINATHAN, Sendhil – SHAFIR, Eldar, “Scarcity”, New York, Picador, 2013, ps. 183/185).

c. Aplicaciones de Ciencias del Comportamiento en Derecho Penal

En un reconocido estudio real del año 2011 se comprobó una correlación en el comportamiento de jueces de Israel que demostró lo siguiente. De 1000 pedidos de libertad condicional a estos jueces que decidían alrededor de 20 pedidos de libertad condicional por día, siendo que en el medio tenían dos *breaks* con comidas y bebidas, los autores encontraron que existía más posibilidad de rechazar un pedido de libertad condicional al final de las sesiones, y a la inversa al principio de las mismas. La conclusión fue que al final de la sesión los jueces tenían más cansancio mental, por lo que optaban por la vía más sencilla y la opción por *default* (sesgo de *stato quo*), que era precisamente el rechazo de la libertad condicional³³. Llamativas

³² The Behavioral Insight Team, U.K., “EAST: Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights”, 2014, disponible en <https://www.bi.team/>

³³ V. “Extraneous factors in judicial decisions”, Shai Danziger, Jonathan Levav jl2351@columbia.edu, and Liora Avnaim-Pesso Authors Info & Affiliations Edited by Daniel Kahneman, Princeton University, Princeton, NJ, and approved February 25, 2011 (received for review December 8, 2010), April 11, 2011 108 (17) 6889-6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>

cuestiones como estas, esto es, cuál es la opción por descarte y más sencilla al decidir, y cuál es el momento del día de dicha decisión, pueden modificar el curso de las decisiones aun cuando no era esto imaginable.

En otro reconocido estudio real, se comprobó que cuando los fiscales solicitaban a experimentados jueces, con un promedio de 15 años de antigüedad, 34 meses de prisión para el imputado, los jueces condenaban a un promedio de 35 meses de prisión. Mientras que, cuando el fiscal pedía 12 meses de prisión para el imputado, los jueces en promedio fijaban 28 meses de prisión. Este estudio tiene que ver con lo que se conoce como el “sesgo de anclaje”, es decir, cómo influencia la decisión final el primer número más disponible que se solicita o pide en situaciones en que antes no se había establecido ningún número. Dicho en otros términos, es la tendencia humana a confiar demasiado en la primera información ofrecida al tomar decisiones.

d. Aplicaciones de Ciencias del Comportamiento en Políticas Públicas

En nuestro país se creó la “Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas” (Resolución 28/2021 de la Secretaría de Asuntos Estratégicos de la Nación que funciona bajo la Dirección Nacional de Análisis Estratégico).

Aquí se mencionó una mejora en la comunicación con médicos que redujo 11% las prescripciones innecesarias y generó ahorros por \$25 millones anuales en el PAMI³⁴.

También aquí debe mencionarse el proyecto apoyado por el Banco Mundial que en Trelew elevó 14% la separación de residuos con mensajes empáticos sobre la importancia local del reciclaje³⁵.

O, por último, en materia de productividad agropecuaria, en donde por información específica brindada por el SENASA se incrementó un 5% la cantidad de productores adheridos a normas sanitarias sobre tuberculosis bovina³⁶.

e. Aplicaciones de Ciencias del Comportamiento en Nuevas Tecnologías y Derecho de los Consumidores

En el experimento que seguidamente contamos se puede correlacionar el derecho a la información del consumidor con las nuevas tecnologías y las Ciencias del Comportamiento. Veamos.

³⁴ <https://eleconomista.com.ar/politica/el-ces-presento-unidad-ciencias-comportamiento-disenar-politicas-publicas-mas-efectivas-n44997>

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

Mediante el desarrollo de un software se experimentó que después de 4 meses y 3000 descargas en la web de un acuerdo contractual, sólo 1 de cada 1000 personas leyeron una cláusula al final del “*Acepto términos y condiciones*”. Llamativamente, esta cláusula final prometía U\$S 1000 al usuario que la respondía. Pero hay más, el estudio también reveló que este 1 de cada 1000 personas, estuvo 29 segundos en la página web. Desde que estas páginas de términos legales de más de 2000 palabras resultan de necesaria reflexión y dado que las personas en general pueden leer menos de 150 palabras en esos 29 segundos, el procesamiento de la información resulta claramente cuestionable³⁷. De allí que la “aprobación expresa” o “negociación individual” por el consumidor, no podría impedir la declaración de *abusividad* de una o más cláusulas contractuales.

Por consiguiente y tal como lo demuestran muchos estudios empíricos sobre el tema³⁸, ya no es suficiente la mera información suministrada al consumidor, y menos aún la sobreinformación³⁹. La cantidad de información, el tiempo en que es suministrada y la forma en que es presentada resultan sí de vital importancia para verificar si la información fue o no *adecuada* para tales o cuales consumidores o categoría de consumidores. Importa el *dónde*, *cuándo* y *cómo* fue suministrada la información antes, durante y luego del contrato, mucho más que la información en sí. En definitiva, también resulta esencial el conocimiento de las Ciencias del Comportamiento con las contrataciones electrónicas y todo el conocimiento interdisciplinario necesario para los operadores jurídicos, tanto públicos como privados.

III. Conclusiones

Las Ciencias del Comportamiento resultan evidentemente útiles para los operadores jurídicos, tanto públicos como privados. Sus resultados están a la vista y ello, además, deviene en una fuente riquísima de incumbencias.

³⁷ V. BEN-SHAHAR & SCHNEIDER, ob. cit., p. 671 y notas.

³⁸ Pv. ZAMIR, Eyal – TEICHMAN, Doron, “Behavioral Law and Economics”, New York, Oxford University Press, 2018, ps. 281/324 y estudios y bibliografía allí citada.

³⁹ *Information overload*: Entre otras cosas, sostienen los autores citados en la nota precedente (p. 285) que, en una unidad de tiempo hay un límite de información que las personas pueden percibir y procesar y, una vez que este límite se sobrepasa, la cualidad de las decisiones tiende a deteriorarse. Esto es muy común, por ejemplo, en el suministro de “préstamos depredadores” a ciertos consumidores de mayor vulnerabilidad (jubilados, pobres, etc.), a quienes se les hacen firmar una enorme cantidad de formularios repletos de cláusulas e información pormenorizada a tal punto que, aún resulta complejo para un estudio de abogados dedicados al análisis de cada cláusula, sus remisiones y conexidades normativas y contractuales (actualmente en la Clínica Jurídica del Consumidor que funciona en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, se recibieron numerosos casos con esta misma problemática).

EL DERECHO AL OLVIDO EN ARGENTINA

José Luis Padularrosa¹

RESUMEN

En las últimas décadas el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), y la masificación de Internet ha originado que la sociedad tenga una cuasi dependencia de su uso. Esto ha llevado a que la red crezca exponencialmente, y como lógica consecuencia la información que se encuentra en ella.

Conviene subrayar que Internet no cuenta con reglas que lo gobiernen; es por ello, que los Estados son los encargados de regular la materia dentro de su territorio. Ahora bien, ante la falta de reglas, se producen usos indebidos de la red por parte de los usuarios, dando la posibilidad que se originen daños a la persona humana, y más específicamente que se vulneren derechos personalísimos constitucionalmente reconocidos, como pueden ser el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad o privacidad, entre otros.

No cabe duda alguna que las personas que originen el contenido dañador son responsables por su conducta. Pero lo que sucede es que se desconoce cuál es el origen de ese contenido, de dónde proviene, muchas veces es casi imposible rastrearlo, y por más que la víctima logre darlo de baja, lo más probable es que ese contenido se replique en otras páginas web. Por lo tanto, a cualquier usuario le bastará abrir el navegador nuevamente y utilizar el buscador de Internet para hallar el mismo contenido.

Además, puede ser que una persona desee que determinada información, imágenes y/o videos en los cuales se vio involucrada no estén más disponibles en la red, ya que han construido una identidad digital sobre ella, la cual no desea que sea así.

Ante esta situación, es que cabe preguntarse si existe la posibilidad de que este contenido, ya sea lesivo o no, pueda olvidarse y cuáles serían los requisitos para que se pueda acceder a este derecho llamado “derecho al olvido”.

Palabras claves: Derecho al olvido – Google Spain – Denegri

¹ Abogado, aspirante a adscripto en las asignaturas de Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños, Problemática Actual de la Responsabilidad Patrimonial. y Teoría de la Reparación del Daños de la Facultad de Derecho (U.N.R.); Carrera de Especialización en Magistratura (U.N.R.); Vocal del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Rosario

I. Generalidades

Hace ya algunos años el servicio de Internet se encuentra en constante evolución y auge. Esto se debe a un gran uso que la sociedad realiza sobre el mismo, implicando que en el ecosistema digital haya cada vez más datos de cada uno de nosotros. De manera que, a medida que los usuarios navegan y utilizan la red se va creando una huella que conforma nuestra identidad digital. Si alguno googleara un nombre, el buscador devolvería en los resultados de búsqueda información de esta persona, esta información es la que se ha configurado con el correr del tiempo y la conformación de nuestra identidad. De hecho, a la hora de realizar una entrevista laboral es muy común que el entrevistador revise nuestra identidad digital para verificar nuestros antecedentes informáticos.

Todo esto atenta contra nuestro derecho a la privacidad e intimidad y la protección de datos personales. En este marco de relación e interacción entre los dos mundos es que surge un derecho nuevo de la era digital que es el denominado “derecho al olvido”.

II. Breve descripción sobre el derecho al olvido

En principio, podemos definir el derecho al olvido como la facultad que tiene el titular de datos de exigir, luego de transcurrido un período de tiempo determinado, que se suprima o restrinja el acceso a la información almacenada en la base de datos. Esta información también debe ser eliminada cuando haya dejado de ser necesaria o pertinente a los fines para los cuales hubiese sido recolectada o a pedido del interesado cuando los datos puedan ser comprometidos o se desee preservar su intimidad, para evitar que esto lo pueda perjudicar como así también para poder controlar la información que lo refiera.

Por ello, es que se lo ha caracterizado como el principio en el cual ciertos datos deben ser eliminados para evitar que el individuo quede prisionero virtualmente de su pasado.

El derecho al olvido en el ámbito de Internet, si bien tiene sus orígenes en el derecho a la libertad, se trata de un concepto totalmente nuevo, que responde a una conjunción de varios derechos -como el honor, imagen, identidad, intimidad, vida privada, entre otros-, y se articula con la “autodeterminación informática” e inclusive con la “libertad informática”. Esta autodeterminación refiere al señorío que tiene un sujeto de derecho sobre los datos personales que hacen referencia a sus hábitos, costumbres, sistema de valores, creencias, patrimonio y relaciones familiares, económicas y sociales.²

² PIGHIN, Sabrina. El derecho al olvido en Internet. Análisis evolutivo y comparativo. Andamiaje procedimental propuesto, Rubinzal-Culzoni, 2018, pág. 2, Cita: RC D 1480/2018

El derecho al olvido digital es una peligrosa herramienta que implementada sin control, criterio y regulación es capaz de esconderle a la sociedad todo lo bueno y lo malo de lo ocurrido en ella.³

III. T.J.U.E.: fallo “Google Spain”

La demanda fue promovida por Mario Costeja González puesto que al incluir su nombre en el buscador de Google era vinculado a dos páginas del diario La Vanguardia en las que figuraba un anuncio de subasta de inmuebles relacionado con un embargo por deudas a la seguridad social. Costeja González solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que requiera al diario La Vanguardia la eliminación de las publicaciones con la finalidad de dar la debida protección a sus datos personales, como así también, le solicite a Google Spain SL y Google Inc que eliminen la vinculación en esos resultados de búsqueda.⁴

La AEPD desestimó el reclamo en relación con el diario, pero declaró procedente en cuanto a Google, ya que habían transcurrido varios años desde la publicación en el diario. Finalmente, el caso llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), quien basado en el marco regulatorio en materia de datos personales de la UE, decidió que Google y, en general, los motores de búsqueda son responsables por el tratamiento de los datos personales que aparecen en los sitios web (aplicando el modelo de responsabilidad de intermediarios “notificación y retiro”)⁵, considerando que los buscadores tratan datos de carácter personal y como tales son responsables de su tratamiento, finalidad y medios de dicho tratamiento. Asimismo, sostuvo que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar derechos fundamentales como la privacidad y la protección de datos personales y que se debe garantizar el respeto de las exigencias establecidas por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 1995, respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación. Por otra parte, el Tribunal determinó las obligaciones que le corresponden al responsable de tratamiento de datos, debiendo éste asegurarse que los datos personales sean tratados de manera lícita recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, por lo que debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a dichos requisitos sean rectificados o

³ PIANA, Ricardo Sebastián. Perdurabilidad del dato, Internet e intimidad. La construcción del derecho al olvido a partir de la revolución informacional, del 09/10/2020, pág 2, Cita online: elDial.com - DC2C60.

⁴ TOMELO, Fernando. El derecho al olvido en Internet, La Ley, del 17/07/2014, pág. 2, Cita Online: AR/DOC/2431/2014.

⁵ FERRARI, Verónica - SCHNIDRIG, Daniela, Responsabilidad de intermediarios y derecho al olvido: aportes para la discusión legislativa en Argentina, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), junio de 2015, pág. 9-10.

suprimidos.⁶ Los gobiernos español e italiano opinan que el interesado puede oponerse a la indexación de sus datos personales por un buscador cuando por medio de su intermediación perjudiquen sus derechos fundamentales a la protección de datos y respeto a la vida privada, englobando el derecho al olvido, e indicando que debe prevalecer sobre los intereses legítimos del gestor del buscador de Internet y el interés general en la libertad de información.⁷

Esta decisión del tribunal europeo trata de un derecho a no ser indexado por el buscador, más un real derecho al olvido, en vista de que la información que el usuario pretende olvidar no se borra, permanece en la página web donde está alojada. El buscador de Internet no puede olvidarla ni borrarla, lo que en realidad ocurre es que la información será de difícil acceso puesto que se obliga al buscador a que no se dirija a ese sitio.⁸ El usuario deberá conocer el hipervínculo exacto para poder acceder a ella. En otras palabras, “¡Si no está en Google, no existe!”

Por último, el Tribunal Europeo señaló que la información contenida resulta lesiva para su vida privada y en vista de que la publicación inicial se remonta unos 16 años atrás, el actor tuvo suficientes razones para que esa información ya no se vincule ni se indexe a su nombre fundado en la protección de sus derechos personalísimos.⁹

IV. Proyectos de ley

Han ingresado en la Cámara de Diputados y de Senadores varios proyectos de ley en miras de querer regular este “nuevo” derecho. El proyecto de 4388-D-2015 denominado “Hábeas Internet Derecho al Olvido”¹⁰ consiste en la supresión de informaciones que se encuentren publicadas en páginas web con la finalidad de proteger los datos personales que afecten derechos personalísimos como identidad de personas, la privacidad, la imagen y el honor. Conforme el proyecto todas las personas pueden exigir que los sitios web, motores de búsqueda, supriman la información o datos personales, dentro de los diez días hábiles de efectuada la solicitud. Para efectuar este pedido deberá existir un daño cierto e inminente sobre los derechos personalísimos, y ese daño deberá ser grave y de urgente atención, sin que haya un interés público predominante respecto a la publicidad de ese contenido. Establece también que

⁶ PIANA, Ricardo Sebastián. Op. Cit., pág 3.

⁷ TJUE, “Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014, párrafo 91. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> (consultado el 05/01/2021)

⁸ FERRARI, Verónica - SCHNIDRIG, Daniela. Op. Cit., pág. 10.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Proyecto de Ley 4388-D-2015. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=4388-D-2015&tipo=LEY> (consultado el 17/02/2021).

los buscadores de Internet deberán implementar un formulario electrónico para que este derecho pueda ser ejercido por el interesado.¹¹

Además, cabe mencionar el proyecto S-144/17¹², que en líneas generales mantiene la misma dirección del proyecto explicado precedentemente, y el nuevo proyecto de ley presentado en noviembre de 2022, cuyo objeto consiste en regular el derecho al olvido en buscadores, reglando la supresión de información personal publicada en sitios web, cuya funcionalidad—principal o secundaria—sea la búsqueda de información en cualquier formato, y que afecte el derecho a la identidad personal, privacidad, imagen o el honor de un individuo.

V. Aplicabilidad en Argentina: fallo Denegri, Natalia

La actora promovió demanda contra Google Inc., solicitando con carácter de urgencia se aplicara el derecho al olvido respecto de información personal de hechos acaecidos hace más de 20 años, que si bien admitió que se trata de información real de los que había formado parte y en los que se vio involucrada, expresó que pertenecían a un pasado que deseaba olvidar y que consideraba perjudicial, antigua, irrelevante e innecesaria, afirmando que le ocasionaba perjuicios serios ya que se la vinculaba a una causa penal de trascendencia que carecía de interés público y general en la actualidad. Google al momento de contestar la demanda sostuvo que es ajeno a él, como motor de búsqueda, los contenidos cuestionados por la actora considerando que se encuentran subidos a sitios web de terceros y que la empresa Google Inc. no ejercía ningún tipo de control sobre la veracidad, calidad y alcance de los contenidos.¹³

Luego de analizada la causa, el juez de primera instancia resolvió admitir parcialmente la demanda disponiendo que Google Inc. debía dentro del plazo de 10 días hábiles judiciales de consentida o ejecutoriada la decisión, proceder a suprimir toda vinculación de sus buscadores las palabras relacionadas con su nombre y cualquier eventual imagen o video obtenidos hace más de 20 años que exhiban escenas relacionadas con el motivo de su pretensión.¹⁴ Asimismo, desestimó los planteos de la demandada con relación a la falta de individualización de los sitios a bloquear.

El juez señaló que *“a más de veinte años de tales escenas, parece claro que si alguien puede verse perjudicado por su reedición franca y abierta, se procure limitar su difusión en aras de propiciar que tales episodios sean olvidados, pues su presencia no contribuye en*

¹¹ *Ibidem*.

¹² Proyecto de Ley S-0487/19. Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/417667/downloadPdf> (consultado el 17/02/2021).

¹³ NAVARRO, Gastón A. El derecho al olvido como una manifestación de la acción preventiva de daños. Abordaje desde el caso "Denegri vs. Google Inc.", La Ley, del 01/06/2020, Cita Online: AR/DOC/1307/2020.

¹⁴ *Ibidem*.

*absoluto a finalidad valiosa alguna, más que a la tangencialmente educativa que pueda derivarse, por la vía del absurdo, orientada a mostrar aquello que los medios de comunicación deberían evitar difundir... ”.*¹⁵

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil precisó que el ejercicio de tal derecho no importaba suprimir la información en sí misma, sino restringir u obstaculizar su acceso por parte de los medios tradicionales de búsqueda.¹⁶ Entendió que la causa debía examinarse como una derivación de los derechos al honor o a la intimidad al no haber una ley sobre derecho al olvido.

Este derecho al olvido debía ser interpretado de modo restrictivo, pues su ejercicio en forma extralimitada o abusiva era susceptible de hiperextender (sic) el derecho de autodeterminación informativa y personalísima a la privacidad por sobre otros derechos de índole colectiva, más aún cuando la veracidad de la información que se pretendía olvidar no se encontraba discutida, como tampoco su relación inmediata con eventos cuya calificación, como de interés público o periodístico, no estaba debatida. Puntualizó que, aunque la vulneración del honor de una persona era de difícil reparación ulterior, también cabían sacrificios en aras del interés general, por lo que la cuestión pasaba por encontrar el equilibrio.¹⁷

La Cámara determinó que los agravios de la actora vinculados con la desestimación de su pretensión en punto al bloqueo de acceso de los usuarios de internet a la información referida al “caso Cópola” resultaban inadmisibles. No obstante, consideró acertada la decisión del juez de primer grado que admitió el bloqueo de acceso a aquellas noticias que reproducían escenas de peleas o discusiones entre la actora y alguna otra entrevistada.¹⁸

Previo a resolver, la Corte Suprema convocó a una audiencia pública de carácter informativo que duró dos jornadas, donde fueron escuchados los amicus curiae, el Procurador Fiscal Víctor Abramovich, y las representaciones letradas de cada una de las partes.

En un fallo resuelto por unanimidad, suscripto por los jueces Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda, y Ricardo Lorenzetti, en línea con el dictamen del

¹⁵ Caso Denegri:El derecho al olvido no es censura, <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/89910-caso-denegri-derecho-al-olvido-no-es-censura> (consultada el 10/02/2023).

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, sentencia del 28 de junio de 2022, consid. 2. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751&cache=1656433432111> (consultada el 12/02/2023).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

Procurador Fiscal Abramovich, revocaron la sentencia apelada y rechazaron la demanda, imponiendo además las costas del proceso a Denegri.¹⁹

La CSJN precisó que la cuestión a definir suponía determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público era titular de un derecho al olvido por el cual podía solicitar que se desvincule su nombre e imagen de determinados resultados de búsqueda que lesionaban su honor o intimidad o si, por el contrario, la desindexación de información ordenada por la Cámara Civil restringía el derecho a la libertad de expresión e información.²⁰

El máximo Tribunal no se expidió sobre el derecho al olvido, como realmente se esperaba, simplemente se limitó a realizar un análisis sobre la figura pública o no de la actora. Concluyó que: *“no se advierte fundamento constitucional ni legal alguno que sustente la pretensión de Denegri. Concretamente, no se han brindado argumentos suficientes que demuestren que una persona que fue y es figura pública tenga el derecho a limitar el acceso a información veraz y de interés público que sobre ella circula en Internet y resulta accesible al público de acuerdo a su propia discreción y preferencias, restringiendo de este modo esa información a los aspectos que ella misma considera relevantes o, por el contrario, inapropiados a la auto percepción de su identidad actual.”*²¹

También, recordó lo expresado por el a quo de que no existe en el caso una real afectación al derecho al honor o a la privacidad que justifique un sacrificio del interés general mediante el impedimento de acceso a la información pública involucrada. Sostuvo que se trata sólo de ceder al deseo de una figura pública para “moldear” su pasado privando a la sociedad de buscar y acceder a contenidos lícitos y verdaderos en Internet en los que la actora ha participado voluntariamente.²²

“Si se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés público —reflejado, principalmente, en las graves consecuencias que se derivaron de los hechos que lo componen—, exige su permanencia y libre

¹⁹ CSJN: Fallo sobre derecho al olvido, derecho a la información y libertad de expresión. Fallo Denegri, 28-06-2022, en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90211-csjn-fallo-sobre-derecho-al-olvido-derecho-informacion-y-libertad-expresion-fallo> (consultada el 10/02/2023).

²⁰ TOMEO, Fernando. Olvido con sabor a poco, La Ley, del 15/07/2022, pág. 1, Cita Online: AR/DOC/2188/2022

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos " Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas", sentencia del 28 de junio de 2022, considerando 21. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751&cache=1656433432111> (consultada el 12/02/2023).

²² *Ibidem*, considerando 3.

acceso por parte de los individuos que la integran, pues ella forma parte de una época determinada cuyo conocimiento no cabe retacear a quienes conforman —y conformarán— dicha sociedad sin motivos suficientes que tornen aconsejable una solución con un alcance distinto”.²³

Con respecto al argumento vertido del “mero paso del tiempo”, indicaron que “... pone en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura, aun cuando el pasado se nos refleje como inaceptable y ofensivo para los estándares de la actualidad”, con lo que esos contenidos que mortificaron a la actora no alcanzaban como argumento para limitar, sin más, el legítimo derecho a la libre circulación de ideas.²⁴

El Tribunal señaló que “Natalia Denegri cobró notoriedad por su vinculación con el ‘caso Cópola’ y por su participación en los referidos programas de entrevistas que efectuaban la cobertura mediática de sus avances, notoriedad que mantiene hasta la actualidad. En efecto, la actora continúa siendo una persona pública, empresaria de medios, conductora de programas de televisión y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional. En el escrito de demanda admite haber obtenido un lugar en el periodismo en los Estados Unidos, como periodista de la CNN y en su página web se presenta como ‘una celebridad de la televisión latinoamericana’ (www.nataliadenegri.com)”.

La CSJN también desarrolló distintos conceptos relacionados con el derecho al honor y su protección legal para analizar si existió afectación al honor, cuando Denegri había reconocido que los contenidos que pretendía desindexar eran veraces y referidos a una etapa de su vida pública. Al respecto, sostuvo que no existe lesión del derecho al honor cuando se difunde información veraz, vinculada con un asunto de interés público y referido a una persona pública, recordando que la libertad de expresión reconoce una mayor protección legal cuando se trata de funcionarios públicos o personas públicas.²⁵ Asimismo, consideró que la difusión de los contenidos que se solicitaron para desindexar no implicaba una afectación a su privacidad, ya que su protección legal no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que el titular consiente revelar en público. En otras palabras, entendió que no existía lesión a la privacidad de

²³ *Ibidem*, considerando 14.

²⁴ CSJN: Fallo sobre derecho al olvido, derecho a la información y libertad de expresión. Fallo Denegri, <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90211-csjn-fallo-sobre-derecho-al-olvido-derecho-informacion-y-libertad-expresion-fallo> (consultada el 10/02/2023).

²⁵ TOMELO, Fernando. Op. Cit., pág. 2.

Denegri porque ella prestó su consentimiento en la difusión de la información que hoy ella cuestiona.²⁶

No obstante, el pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA). Sobre la IA, señaló que "suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público".²⁷

Hicieron hincapié, también, en la necesidad de conocer acerca de los criterios de ordenamiento de la información por parte de los buscadores al arrojar resultados de búsqueda en un orden de prioridad determinado, deslizando que, en función de lo explicado por el gigante tecnológico, se "podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos".²⁸

VI. Conclusiones

Como expuse al comienzo de este trabajo, el uso de Internet ha crecido exponencialmente en estos últimos años y con ello la información que circula en la red. Es innegable la importancia que tiene esta herramienta en el mundo para poder comunicar ideas, expresar opiniones, compartir información, buscar datos, conectar personas; pero al encontrarnos con este uso masificado nos lleva a que se pueda desvirtuar el fin con el que fue creado; que diferentes personas utilicen Internet para publicar contenidos que agravien a terceros, difundir imágenes falsas o íntimas, *fake news* (falsas noticias), robos de identidad y de datos personales, entre otras. Y ante la falta de reglas que gobiernen Internet, es que los Estados son los responsables de regular la red dentro de su territorio. Actualmente, no hay una ley que regule la actividad de los intermediarios, pero basándonos en la jurisprudencia de la CSJN

²⁶ *Ibidem*, pág. 3.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos " Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas", sentencia del 28 de junio de 2022, considerando 23. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751&cache=1656433432111> (consultada el 12/02/2023).

²⁸ *Ibidem*.

(caso “Rodríguez”, “Gimbutas, “Paquez”), podemos responsabilizar a los intermediarios por estas actividades siempre que se siga con el *obiter dictum* del caso María Belén Rodríguez.

Ahora bien, si por alguna circunstancia una persona desea que determinada información, imágenes y/o videos, en los cuales se vio involucrada, no estén más disponibles en la red deberemos recurrir al derecho al olvido.

Este derecho “es un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya al hombre, haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirle rehacer su vida”²⁹. Este derecho, sin lugar a dudas, al igual que la prescripción, tiene la finalidad de otorgar seguridad jurídica y evitar que se concreten daños ante el mero transcurso del tiempo. Más aún, teniendo en cuenta que está en juego la dignidad humana y la posibilidad de recuperarse o rehabilitarse, en algunos casos, también, "cuando la verdad actual del sujeto no se corresponde ya con su verdad histórica, es legítimo aspirar a lograr el 'olvido social' de las miserias pasadas, de las que ha sido responsable o víctima"³⁰. La CSJN anteriormente había interpretado, que la normativa vigente expresa claramente que el cómputo es de cinco años para que se materialice el derecho al olvido, y que éste se debe contar desde la fecha de la última información adversa archivada.³¹

No obstante ello, las legislaciones en materia de protección de datos, deben incluir “en sus textos la protección de los derechos a la verdad, identidad y a la memoria colectiva de los pueblos, como límite y pauta interpretativa del ejercicio de sus medidas técnicas de remoción de datos”³².

Actualmente, no existe norma positiva que disponga un “derecho al olvido” para ciertos hechos del pasado, como si sucede respecto de la información crediticia y de las sanciones penales o administrativas donde una ley dispone un límite temporal para su difusión con fundamento en la agilidad del tráfico mercantil (artículo 26, inciso 4º, ley 25.326) y en la reinserción social (artículo 51 del Código Penal)³³. Por ello se esperaba, quizás, otro fallo

²⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La informática y la protección del secreto de la vida privada, en "Anales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1987, pág. 288, en BUENO, Horacio, Acción de hábeas data y derecho al olvido, La Ley, del 29/04/2015, pág. 3, Cita Online: AR/DOC/4735/2015.

³⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Resarcimiento de daños, vol. 2-C, Daños a las personas, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág 242, en BUENO, Horacio. Op. Cit.

³¹ BUENO, Horacio. Acción de hábeas data y derecho al olvido, La Ley, del 29/04/2015, pág. 3- 4, Cita Online: AR/DOC/4735/2015.

³² FALIERO, Johanna C. El derecho al olvido y sus peligros. Aportes y reflexiones, La Ley, del 04/04/2018, pág. 12, Cita Online: AR/DOC/3336/2017

³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos " Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas", sentencia del 28 de junio de 2022, considerando 3. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751&cache=1656433432111> (consultada el 12/02/2023).

distinto en el caso Denegri, tal como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “*Google Spain*”.

En efecto, según el fallo de la causa Denegri, la actora prestó su consentimiento para participar en los programas de televisión cuestionados y no se acreditó en el expediente la existencia de vicio alguno que lo hubiere afectado. En esta línea de ideas, también es cierto que la accionante era menor de edad al momento en que participó en dichos programas de televisión, circunstancia que permite sostener, como refirió la actora en la audiencia informativa, que su consentimiento pudo haber sido inducido o condicionado por terceros, máxime en las circunstancias en que se dieron los mentados programas de televisión, de público y notorio conocimiento.³⁴

Por otro lado, no puede dejar de valorarse que el consentimiento es libremente revocable y de absoluta interpretación restrictiva (art. 55 del Código Civil y Comercial de la Nación). En el caso, el consentimiento relacionado con la difusión de dichos contenidos, cuya desindexación solicitó, habría sido revocado con la primera carta documento remitida a Google o con la presentación judicial efectuada, y su interpretación debe ser restrictiva.

También debe considerarse que, si a criterio de la CSJN, la publicación de los actos grabados y emitidos en programas de televisión fue consentido por la actora, dicho consentimiento se prestó hace más de 20 años para publicaciones determinadas en ese momento, cuando Google no existía, lo cual no autoriza a suponer que haya sido otorgado para su difusión vía buscador en la actualidad.³⁵

Por último, cabe mencionar que, si bien no se planteó en instancias anteriores, se esperaba que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolviera con "perspectiva de género". El planteo de la actora encuadra como un supuesto de "violencia de género virtual", tal como reza la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley 26.485). El "derecho al olvido" puede ser un instrumento idóneo para la defensa de los derechos de la mujer.³⁶

En suma, dado que la Corte no se expidió sobre la temática del “derecho al olvido”, se debe profundizar el estudio de este instituto y abogar por una ley que brinde certeza y

³⁴ TOMELO, Fernando. Op. Cit., pág. 3.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos " Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/derechos personalísimos: Acciones relacionadas", sentencia del 28 de junio de 2022, considerando 23. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7765751&cache=1656433432111> (consultada el 12/02/2023).

³⁶ *Ibidem*.

seguridad jurídica a todos los usuarios de Internet, permitiendo que todas las personas puedan autodeterminar su identidad digital.

EJE 2

DERECHO y VULNERABILIDADES

**VULNERABILIDAD POR GÉNERO COMO FUNDAMENTO DE
MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN LA SEGURIDAD SOCIAL:
EL CASO DEL RECONOCIMIENTO DE APORTES POR TAREAS DE CUIDADO**

María Inés Dibssié Auak¹

RESUMEN

La vulnerabilidad por cuestión de género se observa en muchas dimensiones de la sociedad. La discriminación por tal causa, en el mercado laboral, acarrea consecuencias en el ámbito de la Seguridad Social. La masiva incorporación de mujeres al mercado de trabajo remunerado, desde el siglo XX, representa un cambio paradigmático, ya que el rol de la mujer deja de limitarse a la esfera doméstica para lograr una participación laboral activa. Sin embargo, esta transformación del mercado de trabajo no ocurrió en condiciones de igualdad. La división sexual del trabajo impuso roles de género que aún hoy, pese a las diversas configuraciones familiares, impactan en la organización social y económica de las familias y las sociedades. El trabajo de cuidado no remunerado resulta una tarea altamente feminizada, que impacta sobre la inserción laboral de las mujeres y su posterior trayectoria de aportes. Como resultado, las mujeres enfrentan más limitaciones que los varones para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, históricamente asociadas a la condición de trabajador/a formal. El desafío, entonces, es abordar las implicancias de las políticas públicas con perspectiva de género, en el ámbito de la Seguridad Social. Con este fin, se evaluarán las brechas existentes y las medidas de acción positiva implementadas en nuestro país, en particular, el reconocimiento de aportes por tareas de cuidado instaurado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 475/2021.

Palabras clave: Seguridad social – Perspectiva de género – Reconocimiento de aportes por tareas de cuidado

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2000); Escribana egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, distinguida por el mejor promedio (2002); Secretaria del Instituto de Derecho Previsional del Colegio de Abogados de Rosario (2022-2023).

I. La Seguridad Social y la desigualdad de género en el mercado laboral

La particularidad de los sistemas de Seguridad Social ha sido su conformación bajo la lógica bismarckiana de seguros sociales que, de manera predominante, ha asociado el acceso a los beneficios a cierta historia contributiva vinculada al mercado laboral, requiriéndose un empleo y una contribución en relación al ingreso laboral. De esta manera, en los esquemas de transferencias monetarias contributivas, como la previsión social, el acceso y las características de los beneficios quedan asociados a la situación de las personas en el mercado de trabajo. Esto ha sido problemático en América Latina, en donde se presentan altos niveles de empleo asalariado no registrado o informal, y donde los bajos niveles salariales afectan a los recursos sobre los que sustentan financieramente estos seguros, lo que se agrava con la discriminación de género en los mercados de trabajo. Así, los seguros sociales en América Latina se constituyen en una expresión de la desigualdad que deriva de la dinámica de los mercados laborales. La desigualdad se pone de manifiesto en dos elementos principales: el primero, es la exclusión de importantes contingentes de la población de la cobertura de estos cuerpos centrales de la protección social; y, el segundo, es la estratificación en el nivel de los beneficios, en la medida que los mismos reproducen la discriminación salarial del mercado laboral.

Sin dudas, las políticas públicas sociales deben promover la plena e igual participación de mujeres y hombres en todas las esferas de la vida social; sin embargo, se evidencian limitaciones para el logro de relaciones de género simétricas y equitativas, entendiéndolas como las relaciones de poder existentes entre mujeres y varones social e históricamente construidas. De acuerdo a este encuadre, la desigualdad de género se presenta como una cristalización de estas relaciones, y remite a las posiciones sociales asimétricas que ocupan las mujeres en relación a los varones en las distintas esferas de la vida social. Esta inequidad llevada al ámbito del mercado de trabajo es visible en la asimetría de las tasas relativas a la participación económica de mujeres y varones, en la segregación horizontal u ocupacional, en la segregación vertical, en las diferencias salariales y en las desiguales condiciones laborales. Este enfoque explica la desigualdad mediante la incorporación de factores externos al mercado laboral, pero que lo atraviesan y están presentes en su funcionamiento, haciendo hincapié en la relación existente entre el Estado, la familia y el mercado. Para esto, se vale del concepto de *división sexual del trabajo*, entendido como la atribución del trabajo productivo a los varones y la atribución del trabajo doméstico no remunerado reproductivo a las mujeres, ya que si bien es creciente la inserción de las mujeres en el mercado laboral, aún no se logra la plena igualdad y, si bien la división sexual del trabajo no es inmutable y se transforma en tiempo y espacio, el

“valor” distingue al trabajo femenino del masculino e induce una jerarquía social que permanece inmutable bajo múltiples apariencias.

II. Las tareas domésticas o de cuidado familiar

Las tareas domésticas o de cuidado familiar suelen acarrear una inestabilidad de las mujeres en el mercado laboral, ocasionando lagunas o declives en las trayectorias de sus historias contributivas. En este sentido, según el nivel educativo y socioeconómico, las mujeres se enfrentan a “pisos pegajosos”, “escaleras rotas” y “techos de cristal”. Las mujeres que experimentan los “pisos pegajosos” poseen bajo grado de empoderamiento económico, y deben enfrentar obstáculos estructurales en el acceso al empleo o inserción en trabajos precarios; fecundidad alta y temprana; bajo nivel de educación y alta carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado. Parte del trabajo de cuidadoras del hogar, hace que las mujeres se encuentren “adheridas” a un suelo que les dificulta el crecimiento laboral y su realización personal fuera del ámbito familiar. Las mujeres pertenecientes al grupo de “escaleras rotas” se caracterizan por tener niveles intermedios de empoderamiento económico, pero con ganancias inestables y vulnerables a los cambios; participación laboral volátil y creciente dificultad para conciliar empleo y trabajo doméstico y de cuidados. Finalmente, el grupo de mujeres encuadradas en la categoría de “techos de cristal”, poseen altos niveles de empoderamiento económico e inserción laboral, menor carga de trabajo doméstico y de cuidados. Pero, a pesar de sus condiciones comparativas mejores, este último grupo también enfrenta discriminación, segregación ocupacional y brechas salariales de género en el mercado laboral. Por ello, la perspectiva de género en el diseño e implementación de políticas públicas requiere un abordaje integral y transversal, que trate la causa de los problemas y romper los patrones socioculturales estigmatizantes que imponen los roles de género. Estas barreras invisibles dificultan el crecimiento profesional de las mujeres y contribuyen a sostener y profundizar la brecha de género. La brecha no sólo se da en el acceso, sino también en términos salariales: en Argentina, según las estadísticas del Instituto Nacional de la Mujer (2019), las mujeres cobraban en promedio 26,2% menos que los hombres por el mismo trabajo, alcanzando la brecha salarial, el 27,7%, en el segundo trimestre del 2.022.²

El trabajo productivo y reproductivo representan acciones igualmente necesarias para el desarrollo y el sostenimiento de las sociedades; sin embargo, no gozan del mismo

² ¿Por qué las mujeres ganan menos? Las brechas de género en la economía argentina, 2do. trimestre 2022, Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género. *On line*: [las_brechas_de_genero_2do_trimestre.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_2do_trimestre.pdf) ([argentina.gob.ar](https://www.argentina.gob.ar)) (consulta: marzo 2023)

reconocimiento, de forma tal que las tareas domésticas y de cuidado no remuneradas son un trabajo invisibilizado, a pesar de su rol crucial en las sociedades. Esto se debe a que la división sexual del trabajo asigna roles de género a diferentes actividades, ya que históricamente se ha delegado a las mujeres el trabajo reproductivo y las tareas domésticas, mientras que el trabajo productivo remunerado aparece asociado tradicionalmente a los varones.

III. El Estado y las políticas de género

El Estado incide en la modelación de las relaciones de género a través de las políticas públicas. De este modo, según el efecto de género presente en las acciones del Estado, se refuerza o debilita la estructura genérica tradicional. Pueden encontrarse distintos efectos de las políticas públicas, según su relación con la división sexual del trabajo que se encuentra en el núcleo de los procesos de estructuración social. Se suelen identificar tres tipos de efectos: *reproductor*, *compensador* y *transformador*. El primero, no modifica la división sexual del trabajo, reproduce los procesos de estructuración social y, por lo tanto, las desigualdades de género. El segundo, implica la compensación en las desigualdades en la medida que posibilita cierta emancipación de las mujeres gracias a la autonomía otorgada, pero no realiza modificaciones en la división sexual del trabajo. Y, el tercero, se basa en transformaciones en las relaciones de género desde formas asimétricas y desiguales hasta formas simétricas y equitativas, logrando la “autonomía económica” de hombres y mujeres. Por esta razón, es indispensable analizar la dimensión de género implícita en las políticas públicas, entendiendo que el Estado tiene un papel fundamental en la reproducción o transformación de la disparidad que suponen este tipo de relaciones.

En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo indicó que la Seguridad Social debe fomentar y basarse en los principios de la igualdad de género, lo que significa, no solo trato igualitario para hombres y mujeres en situaciones similares, sino también medidas positivas que garanticen la igualdad real, ya que la sociedad obtiene un beneficio del cuidado no remunerado que las mujeres proporcionan, por lo que no deberían verse luego perjudicadas por el sistema por haber hecho esta contribución durante la edad en que podían trabajar. Asimismo, reconoció que durante su vida las mujeres van sumando desventajas que se acumulan en las últimas etapas de la vida y que, gran parte de la contribución económica de las mujeres proviene de tareas que conllevan la atención de las responsabilidades familiares y la actividad desarrollada en la economía informal.³

³ La OIT y la igualdad de género. *On line*: [La OIT y la igualdad de género \(GEDI\) \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/gedi) (consulta: 30-03-2023)

En sintonía con lo dicho, se postula que una política integral de cuidados debe concebirse en el marco de un enfoque de derechos, que debe contemplar las desigualdades de género en la producción y distribución del cuidado, a través de políticas que tiendan a su redistribución, con el fin de alivianar la carga que aquel representa para las mujeres y que condiciona sus posibilidades de desarrollo profesional.

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social indicó que ampliar las prestaciones de la Seguridad Social y la población perceptora, sea mediante mecanismos de compensación del cuidado u otras fórmulas, son siempre aspiraciones y propuestas bien acogidas por las sociedades y que, para que la relación entre cuidado y Seguridad Social deje de ser paradójica, para que se deje de castigar a las mujeres por subvencionar a los Estados con su trabajo no remunerado, debe avanzarse hacia el reconocimiento de este trabajo.⁴

IV. La dimensión normativa

Desde la dimensión normativa, la Constitución Nacional en su art. 75 inc.22 otorgó rango constitucional a la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, en la cual el Estado Nacional se comprometió a elaborar, por los medios apropiados, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. Asimismo, el art. 75 inc.23 establece que el Estado debe “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de...las mujeres, los ancianos...*”. En el año 2017, la Ley N° 27360 aprobó la *Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores* en la que se establece el principio de equidad e igualdad de género y su enfoque de curso de vida.

La Ley N° 26485 de *Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, recoge dentro de sus objetivos principales, la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida.

La Ley N° 27532 de *Sistema Estadístico Nacional como módulo de la Encuesta Permanente de Hogares a la Encuesta Nacional de Uso del tiempo*, del año 2019 insta a

⁴ OISS, Medidas compensatorias de los cuidados no remunerados en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica, 2019. *On line*: [OISS-2019-Medidas-compensatorias-de-los-ciudadanos-no-remunerados-res.-baja.pdf](#) (consulta: 30-03-2023)

desarrollar políticas públicas que promuevan una equitativa distribución del trabajo remunerado y no remunerado entre mujeres y varones.

V. La dimensión fáctica y estadística

En una dimensión fáctica y estadística, la EPH INDEC en el tercer trimestre del año 2020 mostró una tasa de actividad de 45,4 % para las mujeres y 64,5% para los varones; de empleo de 39,4% para las mujeres y 57,7% para los varones; e índices de desocupación del 13,1% para las mujeres contra el 10,6% para los varones. En cuanto a la densidad de contribuciones al SIPA de las personas de entre 40 y 64 años, se corrobora que las mujeres presentan, una brecha en menos del 24% respecto de los varones de su misma edad; mientras que desde los 56 años, la brecha de aportes se incrementa hasta superar el 40% a los 62 años. Según la información proporcionada por la Oficina de Presupuesto del Congreso, en base a datos obtenidos por la Dirección de Programación económica del MTEySS, en marzo de 2020 la participación femenina en el régimen de casas particulares (el sector más vulnerable y de menores ingresos) fue de 97,3% de mujeres y 2,7% de varones. En lo que respecta a los trabajadores independientes, se observó que en el régimen de autónomos (donde se registran mejores categorías) la participación masculina fue del 73,6% para varones y 26,3% de mujeres, quienes en su mayoría son monotributistas. Esto demuestra la mejor calidad de aportes por parte del sector masculino. La Encuesta sobre “Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo”, que se realizó en Argentina en el año 2013, evidenció que las mujeres realizan el 76% de las tareas domésticas no remuneradas, y que el 89% de las mujeres se ocupan de tareas domésticas no remuneradas al menos 6,4 hs. por día. La tendencia se mantiene conforme la “Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021”. Respecto al sector pasivo que es titular de prestaciones previsionales, las estadísticas muestran la preponderancia de mujeres titulares de beneficios obtenidos como resultado de la aplicación de moratorias previsionales, en virtud al plan de inclusión previsional que resultó una política emblemática para las adultas mayores.

Los cambios normativos operados en los sistemas de previsión social en los últimos veinte años extendieron y mejoraron la cobertura a segmentos hasta entonces excluidos. La ampliación de la cobertura de la Seguridad Social que ha conllevado estas medidas, teniendo como principales titulares a las mujeres, invita a preguntarse sobre sus implicancias en las relaciones de género en un sistema estructurado alrededor de la figura del varón asalariado formal.

El país ha atravesado períodos de contracción del mercado y de alta desocupación e informalidad laboral, situación que devino en evidentes dificultades estructurales para que las mujeres logran continuidad en sus trayectorias contributivas a la Seguridad Social. Algunas

de las políticas públicas inclusivas más relevantes dentro del Derecho de la Seguridad Social, que pueden mencionarse, son la Ley N° 25994 de Jubilación anticipada y de moratoria, la Ley N° 24476 de Moratoria previsional, la Ley 26970 de Moratoria Previsional, el DNU N° 475/2021 de reconocimiento de aportes por tareas de cuidado y, la Prestación anticipada que instauró el DNU N° 674/2021.

Las experiencias de moratorias para la inclusión previsional ocurridas desde el año 2005, generaron un proceso virtuoso de extensión de derechos, y tuvieron, sin proponérselo, un importante efecto de género, ya que, el 74% de las prestaciones obtenidas por moratoria corresponden a mujeres, lo que dejó evidenciada la necesidad de implementar políticas con perspectiva de género para revertir las brechas en el acceso al derecho a la Seguridad Social. Actualmente, la moratoria de la Ley 26970 está vigente sólo para mujeres, en primer lugar dado a que, sin todos los aportes, hasta los 65 años no podrían acceder a ninguna prestación, que es cuando opera la Pensión Universal para el adulto mayor; y en segundo lugar por la desigualdad estructural en el mercado de trabajo que dificulta el logro del requisito de años de aportes al sistema formal.

Es indudable que la dificultad de conciliar la vida laboral y la crianza de los hijos ocasiona menor participación de las mujeres en el mercado de trabajo remunerado, mayores dificultades para acceder a puestos de trabajo registrados, o intermitencias en sus trayectorias laborales y menores salarios. La desigualdad de género es una de las limitaciones más relevantes de los sistemas previsionales basados en el diseño bismarckiano. Durante el aislamiento ocasionado por la pandemia en el año 2020, cuando ANSES abonó ingreso familiar de emergencia, se detectaron alrededor de ciento cincuenta mil mujeres con edad de retiro cumplida que percibieron dicho beneficio y que no estaban alcanzadas por ninguna cobertura previsional.

A pesar de la vigencia del régimen de regularización de la Ley N° 26970, la falta de actualización de los períodos regularizables generó que muchas mujeres de entre 60 y 64 años fueran perdiendo, año tras año, la capacidad de incorporarse, quedando, sin cobertura de la Seguridad Social. Por esta razón, y a fin de lograr mayor inclusión, en julio de 2021 se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 475/2021 que otorga herramientas a las mujeres para acceder a su jubilación.

VI. El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 475/2021

En el Decreto se efectúa un reconocimiento de tareas de cuidado de hijos por parte de las mujeres y/o personas gestantes, con el fin de computar años de aportes para obtener su

prestación previsional. Argentina no es pionera al respecto, ya que este tipo de medidas han sido implementadas en Brasil, Chile y Bolivia, aunque con diferentes modalidades. La norma indica que, al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la Prestación Básica Universal, podrán computar las mujeres y/o personas gestantes un año de servicio por cada hijo nacido con vida. Asimismo, se podrán computar dos años de servicio por cada hijo que se haya adoptado siendo menor de edad. La norma considera que el cuidado de hijos con discapacidad implica mayor esfuerzo de cuidados y que esta situación se ve igualmente afectada por el nudo crítico de la desigualdad de género, por lo cual, reconoce un año de servicio adicional por cada hijo con discapacidad que haya nacido con vida o haya sido adoptado, siendo menor de edad. También, se establece que las mujeres y/o personas gestantes que hayan accedido a la Asignación Universal por Hijo por el período mínimo de doce meses continuos o discontinuos, podrán computar, además, dos años adicionales de servicio por cada hijo/a que haya nacido/a con vida o haya sido adoptado/a siendo menor de edad y por el cual se liquidó la asignación. La razón del cómputo adicional está dada por la situación de vulnerabilidad socioeconómica que sufrió dicho sector, lo que se acreditó con los extremos requeridos para obtener la asignación.

El reconocimiento de aportes por hijo genera un efecto inclusivo inmediato para las mujeres que sufren las consecuencias de una sociedad pasada, en la que la brecha de género era más pronunciada que en la actualidad y, en tal sentido, se trata de una medida del presente que puede reparar inequidades acumuladas durante años, y, además, genera un nuevo piso de derechos para las mujeres con hijos, garantizando efectos positivos permanentes en sus posibilidades de acceso a la jubilación.

En el marco del reconocimiento de tareas de cuidado, se consideran los períodos de la gestación y nacimiento y, en ese contexto, las licencias por maternidad y el estado de excedencia, cumplen un rol preponderante. Los plazos de licencia por maternidad y estado de excedencia, se computarán como tiempo de servicio sólo a los efectos de acreditar el derecho a una prestación previsional, con el mismo carácter que los que desarrollaba la persona al comenzar el usufructo de las mismas y siempre que se verifique que la mujer y/o persona gestante haya retornado a la misma actividad que realizaba al inicio de la licencia. Si la persona no retoma la actividad o lo hace en una distinta, los servicios se computarán con los extremos del régimen general. No es razonable tal exigencia que contradice la normativa laboral y previsional. Debería considerarse el carácter de servicio existente al momento en el que la persona se toma la licencia, independientemente del trabajo que realizare o no a posteriori.

La consideración de estos servicios no tiene efecto alguno como incremento de los haberes jubilatorios. El tiempo de servicios a computar por cada estado de excedencia no podrá ser superior a los seis meses, que es el tiempo máximo estipulado en el art. 183 de la Ley N° 20744. Es criticable este tope, ya que ciertos convenios colectivos de trabajo poseen plazos más extensos, por lo cual puede ser perjudicial en ciertos casos.

En el caso de solicitudes de retiro por invalidez y pensión directa, el período correspondiente a la Licencia por Maternidad, se computará como tiempo de servicio a todos sus efectos para la acreditación de la condición de aportante regular en los términos del Decreto N° 460/1999. En cambio, el estado de excedencia sólo podrá computarse a fin de acreditar el mínimo de años de servicios exigido para acceder a la jubilación ordinaria o el 50% del mismo, para cumplir con la condición de aportante regular o irregular con derecho según corresponda, conforme al Decreto N° 460/1999 reglamentario del art. 95 de la Ley N° 24241. En el caso de pensión, sólo es de aplicación para causantes mujeres y/o personas gestantes cuyo fallecimiento ocurrió a partir de la vigencia del Decreto N° 475/2021.

La medida implementada se ha dictado por un Decreto de Necesidad y Urgencia. El Poder Ejecutivo Nacional se fundó en la imperiosa necesidad de dar respuesta a la extrema situación de vulnerabilidad de miles de mujeres excluidas del sistema previsional. Lo conveniente sería que, en honor a una buena técnica legislativa, por la trascendencia de la medida y considerando que se está alterando una ley, el Poder Legislativo sancione una ley que regule la misma.

El Decreto habla de tareas de “cuidado”, sin embargo el cuidado no es el núcleo de la prestación, sino la existencia de hijos. En este sentido, y considerando la irrupción de las nuevas familias, esta medida se encauza en el concepto tradicional de familia, por lo cual podría reconocerse el interés familiar en otros modelos de familias, como madres afines, padres solteros, matrimonio igualitario de hombres, etc. Es interesante articular la manera de incorporarlos, a fin de lograr una protección integral. Por otro lado, es cuestionable la diferenciación entre hijos biológicos y adoptados. El Código Civil y Comercial no realiza distinción alguna, y por lo tanto el Decreto no debería hacerlo. Esta medida no pretende incentivar adopciones, éstas deben concretarse por otras motivaciones. Por lo tanto, no hay razón para esta disquisición, ya que las tareas de cuidado no se modifican en uno u otro caso. Por el contrario, entiendo que corresponde el cómputo adicional para madres de hijos con discapacidad, ya que la tarea de crianza implica un esfuerzo adicional que debe ser reconocido.

VII. Reflexiones finales

Cabe reconocer que, conforme lo reseñado, el progreso en cuanto a la perspectiva de género evidenciado en materia de Derecho de la Seguridad Social, ha abandonado el *efecto reproductor* de las políticas públicas. Esto resulta de suma importancia, ya que la Seguridad Social opera como una balanza que logra equilibrar diferencias estructurales de la sociedad y es fundamental que esté presente en aquellos sectores de la población más vulnerables para tender a la equidad, y para brindar herramientas de desarrollo. Esta política pública produce un efecto *compensador*, ya que implica disminuir las desigualdades, en la medida en la que posibilita cierta emancipación de las mujeres gracias a la autonomía otorgada, y aunque no modifica la división sexual del trabajo, es un progreso de la materia. Si bien no se alcanza un efecto transformador en las relaciones de género desde formas asimétricas y desiguales hasta formas simétricas y equitativas, el aporte efectuado por la medida es acertado como disparador en pos de superaciones más profundas, transitando hacia una equidad real, progresiva e integral.

Además, la Prestación Anticipada incorporada por el DNU N° 674/2021⁵, fue modificada por la Resolución de la SSS 2/2022 que reconoció el cómputo de los periodos de licencia por maternidad para acceder al beneficio. Lo cuestionable es que no se tome en cuenta el reconocimiento de aportes por tarea de cuidados de hijos que establece el DNU N° 475/2021, ya que los fundamentos para su cómputo siguen plenamente vigentes en esta prestación.

Como se observa, la desigualdad de género es una de las limitaciones más relevantes de los sistemas previsionales basados en el diseño bismarckiano. Esto se debe a que, en estos sistemas, la unidad de protección es la familia, definida como un núcleo estable en el cual la mujer que se dedica al trabajo no remunerado del hogar se encuentra protegida a través de su marido. Uno de los problemas de este diseño es que no responde a la organización familiar actual. Por otro lado, a pesar de la tendencia en alza, aún hoy las mujeres siguen presentando tasas de participación en el mercado laboral menores que los hombres. Por esta razón, al reclamar un beneficio jubilatorio contributivo, las mujeres se encuentran en desventaja: acumulan menos aportes y, por lo tanto, muchas no alcanzan el mínimo requerido; y las que sí lo hacen, reciben beneficios más bajos. Es decir, hay brecha no sólo en el acceso a las prestaciones, sino en la cuantía.

Entonces, ¿por qué incluir la perspectiva de género en los sistemas previsionales? Porque las mujeres suponen más del 50% de la población de América Latina, y pese a que se han logrado avances en la igualdad formal entre mujeres y hombres, aún falta mucho para

⁵ Prestación dirigida a quienes poseen los años de aportes requeridos para la jubilación y 60 años de edad los hombres y 55 años de edad las mujeres.

lograr llevar la igualdad a la práctica. Las desigualdades por razón de género persisten, en ocasiones de forma explícita y en otras a través de formas sutiles de discriminación indirecta, pero con iguales consecuencias negativas, lo que coloca a este sector en una categoría de vulnerabilidad. El problema que señalan los estudios de las dimensiones de género de las políticas sociales, es que las instituciones sociales construidas en torno a dos organizadores básicos, que son el mercado laboral y las conformaciones familiares, fallan en reconocer las asimetrías, reproduciendo el papel subordinado de las mujeres. Por el contrario, la ciudadanía basada en la igualdad de género supone una división sexual del trabajo más igualitaria en el mercado de trabajo y respecto de los cuidados domésticos. Por esto, el abordaje del papel de las mujeres en el imaginario colectivo, merece una mirada que conjugue las necesidades de reconocimiento con las de redistribución. Esta situación evidencia la falta de reconocimiento histórica del sistema previsional argentino hacia el trabajo no remunerado realizado en los hogares.

La CEPAL⁶ indicó que el abordaje de esta cuestión se vincula con la necesidad de diseñar sistemas, que o reconozcan el costo de continuidad y calidad de los empleos que soportan quienes sostienen la carga no remunerada del trabajo, o que prevean que una proporción importante de la pensión futura no dependa del vínculo formal en el mercado laboral.

El Plan de Inclusión Previsional, instrumentado a través de las moratorias previsionales, intentó ser un camino de reconocimiento tácito hacia la tarea realizada por las amas de casa, un modelo ejemplificador de la importancia de articular políticas sociales, económicas y culturales con una perspectiva de género. Con las moratorias previsionales y el reconocimiento de aportes por tareas de cuidado se dio visibilidad al trabajo de cuidado, lo que generó justicia social e inclusión. Su implementación tuvo implicancias de género como una externalidad positiva de su objetivo original. La desigualdad de género debe contrarrestarse durante la edad activa de los individuos, propiciando medidas de incentivo de empleo y apoyo a mujeres, con el fin de que, al llegar a la vejez, este colectivo cuente con los requisitos para obtener un beneficio previsional digno. Es prioritario abordar la Seguridad Social y, en particular el subsistema Previsional, a partir de estudios y estadísticas que permitan seleccionar medidas eficaces, sin perder de vista la sostenibilidad del sistema. Es indispensable lograr historias laborales completas y con calidad de aportes, que permitan acceder a prestaciones dignas, para lo cual la tarea del Estado comienza desde el inicio de la carrera laboral de cada sujeto, pero también, se

⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

requiere otorgar valor a las tareas de cuidado familiar, que tienen una importancia crucial en la sociedad. Entonces, en el “mientras tanto” las políticas de género diferenciales y positivas son indispensables, como un camino para lograr que no sean necesarias en un futuro.

VIOLENCIA ECONOMICA HACIA LAS PERSONAS MAYORES

Diego Oscar Ortiz¹

RESUMEN

La violencia hacia las personas mayores es un tema que debe instalarse en la familia y en la sociedad. La especialidad de la temática con respecto a este sujeto se da en varios ejes como en la tipología de violencia, específicamente en la violencia económica y/o patrimonial.

La necesidad de reconceptualización de este tipo de violencia atendiendo el sujeto de protección permite un análisis más profundizado y específico a fin que repercuta en su detección e intervención institucional. Para eso necesitamos conocer los aportes específicos de la temática, el marco normativo nacional e internacional y la interpretación del mismo. Una interpretación que ponga en foco el ejercicio de los derechos económicos y/o patrimoniales de las personas mayores.

En virtud de ser una persona mayor, el tipo de violencia debe ser analizado de manera diferente en su contenido y abordaje.

Palabras claves: Violencia – Persona mayor – Género – Violencia económica

I. Introducción

La violencia hacia los adultos mayores es un tema que debe instalarse en la familia y en la sociedad para que se pueda prevenir, detectar y reparar. Para ello, es necesario el compromiso, sensibilidad y solidaridad de manera de coordinar y articular acciones entre todos los sectores como profesionales de distintas disciplinas, instituciones, organismos de gobierno, asociaciones, entre otros².

La especialidad de la temática con respecto a este sujeto se da en varios ejes como en el concepto de maltrato que padece, el marco teórico desde cual se piensa y se aborda la problemática, el marco normativo específico, el alcance de la capacidad, la toma de decisiones,

¹ Abogado, Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas, Especialista en Violencia Familiar (UMSA), autor de artículos y libros de su especialidad,

² ORTIZ, Diego, La especialidad de las medidas cautelares en violencia familiar, Microjuris, 26/05/15.

salud, vivienda, ingresos, la existencia de redes sociales y familiares, historia de vida, etc. El género y la edad son dos variables que se entrecruzan en los casos de violencia hacia las personas mayores. Por eso las herramientas legales deben contemplar esta situación para evitar descontextualizar los hechos de su aplicación³.

La idea de este aporte es analizar el tipo de violencia hacia las personas mayores sin desconocer la perspectiva de género como herramienta necesaria para abordar el tema.

II. El tratamiento del tipo de violencia en las leyes de protección

Cualquier sanción de una ley de protección contra la violencia tiene que tener en miras la protección de las personas en situación de violencia en sus singularidades, dado que, si el resguardo se hace en base a “pluralidades”, la protección mentada se transforma en desprotección por no atender a la persona y/o circunstancias del caso. Sin embargo, esto no significa sancionar una ley para cada persona, sino que la misma atienda la especificidad y plantee acciones encaminadas para trabajar dicho grupo⁴.

Las personas de edad no son un grupo homogéneo: hombres y mujeres envejecen de forma diferente. Sin embargo, todos experimentan similares tipos de discriminación multidimensional. Y, mayormente, todos son tratados de manera uniforme en la instancia de construcción de su significación jurídica.

Las leyes especiales de protección contra la violencia familiar generalmente mencionan a la persona mayor junto a los niños, niñas y adolescentes en temas como legitimación activa como si esta fuera incapaz para denunciar y necesitara de un representante legal para hacerlo. Por otro lado, la violencia económica y/o patrimonial no estaba expresada en las leyes de violencia, generalmente se establecía la violencia física y/o psicológica. Recién a nivel nacional la ley 26485 la menciona. Sin embargo, esta ley no planteaba la especificidad del tipo en caso de mujeres mayores.

III. La reconceptualización del tipo atendiendo al sujeto

a) Breve aclaración

Una de las escenas de la película italiana “Feos, sucios y malos”⁵ muestra como gran parte de la familia lleva al banco a la mujer mayor a cobrar la jubilación. Cuando están allí,

³ORTIZ, Diego, La reconceptualización de un tipo de violencia acorde a la persona que la está padeciendo, DPI, Diario Familia y Sucesiones nro. 100, 17/02/17, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/02/DOCTRINABASE.pdf>.

⁴ORTIZ, Diego, La reconceptualización de un tipo de violencia acorde a la persona que la está padeciendo, art. cit.

⁵ Película: Ettore Scola (fecha de estreno: 23 de septiembre de 1976).

toman el dinero, piden cambio y lo reparten entre ellos, frente a los ojos de la cajera y de la mujer que no entiende lo que está sucediendo. La escena continua que todos se alejan dejando a la susodicha en silla de ruedas. Esta escena no deja de ser una denuncia social de cómo muchas veces los miembros de la familia se apropian de la jubilación de un integrante negándole la posibilidad de destinar el dinero para su propio bienestar. No es casual que la persona mayor sea una mujer. Una autora española las menciona como principales víctimas⁶.

La necesidad de reconceptualización de la violencia económica atendiendo el sujeto de protección permite un análisis más profundizado y específico a fin que repercuta en su detección e intervención. Para eso necesitamos conocer los aportes específicos de la temática, el marco normativo nacional e internacional y la interpretación del mismo. Una interpretación que ponga en foco el ejercicio de los derechos económicos y/o patrimoniales de las personas mayores.

b) Marco normativo internacional

Como refería anteriormente, debemos conocer el marco normativo específico de la temática para tener un soporte legal para nuestras intervenciones.

El art. 17 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)⁷, estipula que toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad.

La Recomendación 27 CEDAW sobre las mujeres de edad y la protección de sus Derechos Humanos expresa que:

8. Las mujeres de edad no constituyen un grupo homogéneo. Representan una gran diversidad de experiencias, conocimientos, habilidades y aptitudes, pero su situación económica y social depende de una serie de factores demográficos, políticos, ambientales, culturales, sociales, individuales y familiares.

11. Si bien tanto el hombre como la mujer son objeto de discriminación a medida que envejecen, las mujeres viven el envejecimiento de distinta forma. El efecto de las desigualdades de género a lo largo de la vida se agrava con la vejez y con frecuencia se basa en normas culturales y sociales hondamente arraigadas. La discriminación que sufren las mujeres de edad suele ser el resultado de una distribución injusta de recursos, malos tratos, abandono y restricción del acceso a servicios básicos.

⁶ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia, "La violencia familiar, un concepto difuso en el derecho internacional y derecho nacional", Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXIV, núm. 101, mayo-agosto del año 2001, pág. 542-543

⁷ Fecha: 11/7/88

14. Muchas mujeres de edad reciben un trato desatento, porque se piensa que ya no son útiles ni desde el punto de vista económico ni reproductivo y se las considera una carga para la familia. Circunstancias tales como la viudez y el divorcio son motivos adicionales de discriminación.

27. Las mujeres de edad son especialmente vulnerables a la explotación y los abusos, en particular de orden económico, cuando su capacidad jurídica se supedita a la actuación de abogados o miembros de la familia sin su consentimiento.

El art. 7 de la Convención Belem do Pará (arts. 5 y 7 (inc. d), expresa que los Estados convienen en adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

En el año 2017, el Estado Argentino, por Ley nro. 27.630⁸, ratificó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual fuera aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en junio de 2015.

La Convención define el *maltrato* como toda “acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza” y a la *violencia contra las personas mayores* como los “distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial⁹... y toda forma de abandono o negligencia que tenga lugar dentro o fuera del ámbito familiar o unidad doméstica.

El art. 9 de La Convención menciona el derecho a recibir un trato digno, independientemente de la posición socio-económica, su contribución económica o cualquier otra condición.

La Regla 6 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, plantea que el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia. Y nos referimos a situación de vulnerabilidad y no a sujeto vulnerable, ya que en ambas nociones existe una diferencia.

Cuando nos referimos a *sujetos vulnerables* centramos la atención en las características personales del sujeto. Pues bien, estas características no siempre son compartidas por todos los miembros de un grupo determinado. Por ejemplo, no todas las personas con discapacidad son

⁸ Sancionada: 09/05/17, publicada en el Boletín Oficial: 31/05/17.

⁹ La negrita me pertenece.

vulnerables, sino que lo que determina esta mayor susceptibilidad en general se encuentra en factores sociales. Así, si la persona con discapacidad no cuenta con apoyos, asistencia médica o no se realizan los ajustes necesarios para la accesibilidad de los mismos a las instalaciones de su entorno podemos decir que la misma es vulnerable, pero lo que lo está determinando esta realidad son cuestiones sociales y no su diagnóstico médico. Lo mismo ocurre con los adultos mayores. Pues si bien el proceso de envejecimiento produce cambios físicos, psicológicos y sociales, en el caso que los mismos cuenten con la debida atención médica, obra social, medicación, contención y cuidado familiar, vivienda adecuada y se mantengan activos ya sea laboral o recreativamente, ya no podríamos referirnos a ellos como sujetos vulnerables puesto que de seguro podríamos observar que los mismos continuarían desarrollando su plan de vida en forma autónoma. En cambio, cuando carecen de dichas herramientas aumenta la posibilidad que se hallen en un estado de vulnerabilidad¹⁰.

c) Marco normativo nacional

El 8 de enero del año 2016 se publicó en el Boletín Oficial la ley 5420 de Prevención y Protección integral contra abuso y maltrato a los adultos mayores, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley entiende por abuso o maltrato a los Adultos Mayores a toda acción u omisión que provoque un daño a los mismos, sea esta intencional o consecuencia de un obrar negligente y que atente contra su bienestar general, vulnerando derechos. (esto surge del art. 3). De esta forma introduce un concepto amplio de maltrato comisivo u omisivo, no solo el que se da de manera intencional sino también negligente.

El art. 5 entre los tipos de maltrato, establece el económico / patrimonial que implica el robo, el uso ilegal o inapropiado de las propiedades, bienes o recursos de un adulto mayor, y/u obligarle a cambiar disposiciones testamentarias, que den por resultado un perjuicio para él y un beneficio para otra persona. La explicación que alude la Ley 5420 es novedosa porque contiene términos de otras ramas del derecho, como el derecho penal, al mencionar el delito de robo, y el derecho sucesorio, al plantear como maltrato la obligación del cambio de las disposiciones testamentarias. Con esto se alude a que las personas mayores son pasibles de ser engañados y coaccionados a cambiar el testamento en favor del agresor. Esta redefinición implica recurrir a los términos de dichas ramas, pero sin olvidar el análisis integral de este contexto, la interpretación acorde a la situación circundante.

¹⁰ SANJUAN, Alejandro, Protección de los adultos mayores, Haciendo realidad los postulados de la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Revista Temas de Derecho Civil, Erreius, Buenos Aires, 2017, págs. 873 a 881.

El art. 3 plantea que la ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convenciones (en donde podríamos incluir las disposiciones de la Convención Interamericana de Protección de los Derechos de las Personas Mayores), referidos a: c) La integridad económica o patrimonial. El art. 4 define a la violencia como toda conducta, ya sea una acción u omisión basada en razón del género y en una relación desigual de poder, que afecte entre otras cosas a la integridad económica o patrimonial.

El art. 5 dentro de los tipos de violencia, conceptualiza lo que se entiende por violencia económica y/o patrimonial como la existencia de un menoscabo de recursos económicos y patrimoniales de la mujer y seguidamente enumera algunos supuestos del tipo como perturbación en la posesión, tenencia o propiedad de un bien, pérdida, destrucción, retención, limitación de un recurso o del ingreso. Este es uno de los artículos cuyos supuestos deben ser reinterpretados conforme el género, sujeto de protección, edad y contexto de violencia familiar, ya que no es lo mismo la perturbación en la posesión de un bien de una mujer mayor de aquella que no lo es. En estos supuestos, hay un cumulo de vulnerabilidades que deben ser desnaturalizadas visibilizadas para su posterior intervención.

IV. Supuestos específicos

Reiteramos que, en virtud de ser una persona mayor, el tipo de violencia debe ser analizado de manera diferente en su contenido y abordaje, ya que no es lo mismo que una mujer mayor padezca situaciones de violencia económica que otra que no lo sea. Si bien ambas mujeres pueden padecer este tipo de violencia, las diferencias parten que en casos de mujeres mayores en situación de violencia la vulnerabilidad es doble, no solo en razón de su género sino en razón de su edad y a veces su estado de salud le impide ejercer sus derechos y petitionar los frenos legales necesarios para que la violencia no se reitere y/o incremente. Asimismo, los supuestos de violencia económica cambian cuando se ejercen hacia estas personas. Algunos ejemplos de esta particularidad son:

a) *La limitación de circulación dentro de la vivienda.* La persona mayor va cediendo espacios por su propia voluntad o forzada por los demás habitantes de la vivienda. Como dato adicional y no menos importante es que muchas veces la titular registral de la vivienda es la persona mayor.

b) *La negación de alimentos esenciales para la preservación de su salud.* Esto se relaciona con la negación de alimentos como un supuesto de violencia económica. A esto agreguemos que la salud de la persona mayor requiere una alimentación sana, suficiente y

regular que contribuya a mantener su estado de salud. Pensemos en el supuesto de negación de alimentos indispensables reemplazados por alimentos nocivos y perjudiciales.

c) El no seguimiento de dietas prescritas por los médicos. Este supuesto está ligado a lo anterior pero es más específico cuando un médico o médica prescribe una dieta especial en orden a la salud de la persona mayor y esta no es cumplida por los parientes y/o cuidadores. Hay dos aristas de análisis, el perjuicio a la salud de la persona mayor y el incumplimiento de lo recetado por el doctor o doctora.

d) El despilfarro y aprovechamiento de sus recursos como jubilaciones y pensiones. En este caso, una persona es la encargada del cobro de la jubilación de la persona mayor (a veces designada por medio de intimidaciones o amedrentamientos) y este asume el rol de administrador de los recursos para su propio beneficio. Evidentemente hay un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la personas para apropiarse de sus recursos y negárselos.

e) El uso y goce de la vivienda limitando cualquier participación a la persona mayor. En este caso, no solo se lo aísla de las redes familiares y/o sociales dentro de la vivienda sino que no se le da injerencia en las decisiones que se toman en la misma como, por ejemplo, modificaciones y mejoras, cuyos gastos muchas veces debe soportar la persona mayor sin ningún tipo de consentimiento.

f) La ocultación, destrucción y/o deterioro de sus muebles.

g) La pérdida de documentación.

h) El no destino de fondos de su patrimonio para cubrir las necesidades específicas como de salud (medicamentos, traslados, exámenes médicos).

i) Usar la edad avanzada de la persona para declararlo incapaz y aprovecharse de sus recursos.

j) La obligación de cambiar las disposiciones testamentarias atentando contra su voluntad.

V. Aspectos procesales

a) La especialidad en torno al sujeto

El procedimiento de violencia familiar no es solo particular por su estructura sino también por los sujetos a los cuales va destinado el mismo. No es lo mismo un procedimiento en el que esté involucrada la integridad psicofísica de un niño, niña y adolescente que otro en el que esté en juego la integridad de una persona mayor. Hay una diferencia conceptual, normativa y/o procesal.

Con respecto a esto, se ha dicho que en este tipo de procesos debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados, atento a la gravedad de la situación que podría generarse en caso contrario¹¹.

La toma de la denuncia debe tener en cuenta los aspectos conceptuales específicos, sumado a la escucha activa de los profesionales que reciben la denuncia y el trato particular conforme las condiciones subjetivas de la parte solicitante (conforme surge del art. 3 inc. k del Decreto Reglamentario 1011/2010).

La legitimación activa de terceros como parientes o amigos para hacer la denuncia por situaciones de violencia padecidas por la persona mayor. Estos muchas veces son testigos de la violencia ejercida. Asimismo, con respecto a la legitimación pasiva hay una multiplicidad de actores pasibles de ser denunciados, desde familiares, allegados, responsables del cuidado, responsable de las instituciones, etc. La Ley 5420, en el art. 4, plantea que este tipo de abusos y maltratos pueden ser cometidos por integrantes del grupo familiar, cuidadores, allegados, convivientes o no, que no posean grado de parentesco alguno o por instituciones, tanto del ámbito público como privado.

La amplitud de legitimados pasivos entiende no solo a la familiaridad, sino también la cercanía por ser personal de instituciones de cuidado del adulto mayor, ya sean públicas o privadas. De esta manera, pueden ser denunciados en virtud de la relación interpersonal con el adulto mayor¹².

b) Las medidas de protección

Las medidas cautelares son aquellas herramientas jurídico-procesales que sirven para garantizar los derechos personalísimos de las personas en situación de violencia, como por ejemplo las personas mayores. Apuntan principalmente al cese de las situaciones de violencia; es decir, a ponerle al agresor un freno legal para evitar que a futuro se reitere o incremente la misma.

A rasgos generales, las medidas establecidas en las leyes de violencia familiar y de género (art. 4 de la Ley 24417, art. 7 de la Ley 12569 y su modificación y el art. 26 de la Ley 26485), pueden ser aggiornadas en torno al sujeto a proteger y al tipo de violencia, como por ejemplo el cese de actos perturbatorios e intimidatorios, la exclusión del hogar, el reintegro, la

¹¹ P. G. C. y otros s/ art. 250 CPC – Incidente civil, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 02/11/18, MJ-JU-M-116205-AR | MJ116205 | MJ116205.

¹² ORTIZ, Diego, O, Breves comentarios a la Ley (CABA) 5420 sobre Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores, op. cit.

prohibición de ocultar y/o destruir un bien o la fijación de una cuota de alimentos provisoria, etc.

El cese de los actos perturbatorios e intimidatorios puede ser una de las medidas de la resolución que contemple alguna cuestión particular.

La exclusión del hogar puede ser entendida como una medida de protección de la integridad económica y/o patrimonial de la persona mayor. Simultáneamente la medida de reintegro puede ser interpretada como forma de garantizar el derecho a la vivienda sin violencia a la mujer mayor.

La prohibición de ocultar y/o destruir un bien mueble puede tener como antecedente la denuncia de situaciones encuadradas como de violencia económica.

El art. 9° de la Ley 5420 plantea que las medidas que se adopten estarán orientadas a la búsqueda de una resolución integral de la problemática de la persona mayor, intentando ofrecer una variedad de dispositivos que lo acerquen a la posibilidad de mejorar su calidad de vida. Lo mencionado nos da la pauta que la medida a tomar no solo debe resguardar el hecho de maltrato sino que debe alentar estrategias de cuidado a largo plazo¹³.

VI. La recepción del tipo en los informes profesionales

Los equipos profesionales deben evaluar el impacto que la apropiación de la percepción de haberes genera en la persona mayor: si hay una mala utilización del dinero de parte del apoderado, que no está en función de las necesidades, incurriendo en conductas negligentes que perjudican su calidad de vida; en otros casos se evidencia que el nivel de vida no se condice con el de ingresos, por ejemplo si no se alimenta bien, si debe servicios o expensas, carencia de vestimenta, lentes, prótesis dentarias, no cuenta con dinero para traslados, por lo cual puede sospecharse que una parte no es destinada al beneficiario, constituyendo una conducta delictiva que, además, la expone a un alto grado de riesgo. También se evidencian situaciones caracterizadas por otras formas de maltrato concomitantes: ceder una parte bajo amenaza de no asistir, no visitar, no dejar ver a los nietos, supuestos acuerdos con el cónyuge fallecido para que su pensión se comparta con alguno de los hijos, que ellos reclaman por alguna condición de salud o desocupación.

El miedo a la pérdida de asistencia o contacto familiar o la amenaza de ser institucionalizada, genera manipulación hacia la persona adulta mayor. En los casos en que se evidencian signos de deterioro cognitivo o estado de abandono de la persona que denota alto

¹³ ORTIZ, Diego, Breves comentarios de la ley 5420 sobre Prevención y Protección integral contra abuso y maltrato a los adultos mayores, Microjuris, 03/03/16, MJ-DOC-7626-AR | MJD7626.

grado de vulnerabilidad, se procede a solicitar judicialmente una determinación de capacidad a fin de que se le pueda asegurar un adecuado sistema de apoyos¹⁴.

VII. Cierre

El cierre de este capítulo especial, fue una muestra de cómo el tipo de violencia en estudio se va ampliando conforme el sujeto de protección.

¹⁴ CABITO, Silvia, ORTIZ, Diego, La apropiación de la jubilación como una manera de ejercer la violencia económica hacia los adultos mayores: Aspectos psicológicos y jurídicos, art cit.

VULNERABILIDAD Y CONSUMIDOR: LOS ANIMALES NO HUMANOS COMO SUJETOS VULNERABLES Y EXPUESTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO EN ARGENTINA

Martín A. Testa¹

RESUMEN

En este trabajo intentamos una aproximación a la temática de los animales como sujetos expuestos en las relaciones de consumo en el mercado, reflexionando sobre su vulnerabilidad en Argentina, a modo de aporte para visibilizar las complejidades de este fenómeno social y global.

Como se podrá advertir una dificultad de los animales no humanos es la soledad y la comunicación, es decir, la no comprensión. Sin embargo, la situación que los animales no utilicen nuestro mismo lenguaje, no implica por ejemplo, que los criaderos, pensionados, atención veterinaria, paseadores, educadores entre otros proveedores estén eximidos del cumplimiento objetivo del deber de información de acuerdo a la regulación establecida en el Art. 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación o del deber de trato digno, conforme el artículo 1097 del mismo cuerpo normativo. En definitiva, los animales no humanos tratados como “cosas” en los términos del Código Civil y Comercial y como “víctimas” por la normativa penal son seres con “sintiencia”.

Por lo que nos aproximaremos a la complejidad del mundo animal y a las complejidades de las relaciones de consumo, con particular referencia a las personas no humanas como sujetos de derecho vulnerables y expuestos en las relaciones de consumo en Argentina. Ello implicará reflexionar y abordar el tratamiento de esta temática que hace a la convivencia del humano con el resto de las especies, sumándose así a los desafíos, miradas, debates y perspectivas del Derecho frente a los fenómenos del Siglo XXI.

¹ Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Abogado; Jefe de Trabajos Prácticos (interino) de Contratos Civiles y Comerciales; Docente; Adscripto al Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”; alumno de los cursos válidos para el doctorado; Subdirector del Seminario sobre Derecho Animal del Instituto Gioja; Coordinador del área Vulnerabilidad, Consumidor y Animal del Seminario de Vulnerabilidad y Derechos del Instituto Gioja; Docente a cargo del Curso del Ciclo Profesional Orientado (CPO) de la carrera de grado de Abogacía: “Vulnerabilidad y Consumo: Los animales no humanos como sujetos expuestos a las relaciones de consumo en Argentina”. Correo electrónico: martintesta@derecho.uba.ar

I. Introducción

Nos aproximaremos a la complejidad del mundo animal y a las complejidades de las relaciones de consumo², con particular referencia a las personas no humanas como sujetos de derecho vulnerables y expuestos en las relaciones de consumo en Argentina. Ello implicaría reflexionar y abordar el tratamiento de esta temática que hace a la convivencia del humano con el resto de las especies, sumándose así a los desafíos, debates y perspectivas del Derecho frente a los fenómenos del Siglo XXI.

Hablar de los derechos de los animales y su protección en nuestro país, no es algo de la actualidad, dado que Argentina tiene un papel histórico al respecto. Para ello, podemos remontarnos al 25 de julio del año 1891, fecha en la que el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina sancionan la ley 2.786, precursora en la protección de los animales frente a la crueldad contra ellos. Comúnmente, se la denominó “Ley Sarmiento” y declaraba como actos punibles los malos tratamientos ejercitados contra los animales.

Al respecto, Serra expresa que el día 24 de septiembre de 1881 se creó la Sociedad Argentina Protectora de los Animales (S.A.P.A.), y gracias a su trabajo, una década más tarde, se sancionó la ley antes mencionada.³

Como manifiesta Jara: Albarracin “*al referirse a la difusión consideraba a la prensa nacional, la local y la propia. En 1904 fundó el Zoófilo Argentino, periódico dedicado a promover los derechos de los animales. Duró 25 años y llevaba el eslogan de Bartolomé Mitre (miembro de la SAPA): "Justicia hasta para los animales"*”.⁴

Si bien, al hablar de la incorporación de la protección del ambiente al texto constitucional no se hace referencia a los animales no humanos directamente, si podríamos coincidir que al referirse a patrimonio natural y diversidad biológica están abarcados los animales no humanos. Como desarrolla Rosa: “en la actualidad, suenan cada vez más fuerte aquellas voces que nos llaman a repensar el estatuto jurídico de lo “no humano” (animales, bienes ambientales). Los debates en torno a estas posturas continúan creciendo y llegando a

² Para ampliar sobre la noción de relación de consumo ver BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Teoría General de las Relaciones de Consumo*, IJ Editores, Buenos Aires. IJ Editores, 2021, <https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=702>

³ SERRA, Juan., *Derecho animal en la legislación de la República Argentina*, dA Derecho Animal la web center de los animales con derechos, 2013, https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2013v4n4/da_a2013v4n4a4.pdf

⁴ JARA, Fernanda, *La historia del primer defensor de los derechos de los animales en Argentina*. Infobae, 29 de Abril de 2018, <https://www.infobae.com/sociedad/2018/04/29/la-historia-del-primer-defensor-de-los-derechos-de-los-animales-en-argentina/>

instancias judiciales, que antes parecían inalcanzables. En este sentido, la Opinión Consultiva N° 23, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del mes de Noviembre del 2017, titulada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, deja de lado la clásica mirada antropocéntrica y adopta una visión eco-biocéntrica, siguiendo los pasos de constituciones y leyes latinoamericanas, entre las que destacamos Bolivia y Ecuador”.⁵

Como se puede advertir, estas modificaciones forman parte de un cambio de paradigma del que estamos siendo promotores y testigos quienes vivimos en este tiempo, ya que las legislaciones comienzan a ceder ante el ingreso de un nuevo sujeto dentro de nuestro ordenamiento, un sujeto con características propias que requiere de un ordenamiento propio, con autonomía científica. De esta forma, intentaremos realizar un aporte que se introduce en los debates actuales acerca de la personalidad -y liberación- de los animales considerando que ya no estamos en presencia de un objeto sino de personas no humanas y sujetos de derecho que viven en el ámbito consumeril, y por consiguiente ya no se encuentran en este siglo XXI motivos para cosificarlo.

II. Derechos del consumidor y derechos del animal: un diálogo con mirada subjetiva

Nos preguntamos entonces si sólo las personas humanas pueden ser protegidas por el sistema protectorio consumeril. Por supuesto, si aún no hay unanimidad respecto del llamado “consumidor empresario” o el rol de las personas jurídicas cuando actúan en su condición de consumidor y/o usuario de bienes y servicios, mayor diversidad comprende la temática de las personas no humanas como sujetos vulnerables y expuestos en las relaciones de consumo. Pensemos que gran parte de las personas humanas aun consumen a los animales no humanos, lo cual hace de sumo interés y mayor complejidad el debate acerca del alcance de protección que necesitan los animales.

En este navegar, la vulnerabilidad ha sido vista como elemento esencial de la categoría de consumidor en el Derecho argentino. En ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Tucumán en 2011, al concluir que: 1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a)

⁵ ROSA, María Elisa, *La Opinión Consultiva N° 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Naturaleza y Animales No Humanos*, Diario DPI - Derecho Público – Ambiental, 14 de Febrero de 2019, Cita IJ-DXLVII-227, <https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=7bfc8c21239ae87bafedf025beefede8&control=ba66b6182315ff3ba1c00419fa37096d>

la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social.⁶

En otras palabras, el alimento balanceado, las vacunas, los productos antiparasitarios, pulguicidas, demás fármacos, prácticas médicas, cuidados, entrenadores, urgencias, internaciones, paseadores de perros registrados, peluquería, baños terapéuticos, masajes, tratamientos de belleza, el seguro para animales, telesalud animal, hoteles, pensionados y demás servicios conforman un negocio millonario mundial⁷.

La figura de “abogado/a animal” de a poco se va haciendo presente y ganando su espacio en este mundo actual para abogar por el trato digno, respetuoso y equitativo de los seres que utilizan un lenguaje diferente al que utilizamos las personas humanas, en aras de su defensa, bienestar y protección. Incluso en estos tiempos ya existen seguros para animales ante daños que brindan cobertura por accidentes en diferentes siniestros que pudieran tener ciertas personas no humanas como gastos de asistencia veterinaria, internaciones, intervenciones quirúrgicas, fármacos, robo, extravío, y responsabilidad civil, entre otros conceptos.

Como desarrolla Krieger: el derecho del consumidor, apoyado en sus principios rectores de raigambre constitucional y convencional, se constituye en una herramienta jurídica sustancial para ordenar las relaciones durante la crisis, así como también para aportar a la reconstrucción del mercado, una vez finalizado el estado de excepción actual.⁸

Como presenta Borda: El Derecho de Consumo es, quizás, la rama del Derecho que presenta hoy en día mayor vitalidad. Todos conocemos el ímpetu que ganó el Derecho de Consumo desde el célebre discurso del presidente Kennedy del 15 de marzo de 1962 (“Protegiendo los intereses de los consumidores”) y, en particular, en nuestro país, a partir de la sanción de la ley 24.240 en el año 1993 y la incorporación de las relaciones de consumo y la protección de los usuarios y consumidores a nuestra Constitución Nacional en 1994. Pero en los últimos años ha tomado un redoblado impulso. Ante todo, al vencerse prejuicios originales que pretendían aplicar de manera excepcional las normas protectoras de los consumidores. Y, luego, cuando se tomó conciencia de la necesidad de amparar al consumidor –percibiendo su natural debilidad–, cuando se advirtió la existencia de situaciones de hipervulnerabilidad que exigen una mayor protección todavía, y cuando se admitió la aplicación de sanciones

⁶ Ver FRUSTAGLI, Sandra, *La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino*, Revista de Derecho del Consumidor, tercer época, Número 1, 30 de Noviembre de 2016.

⁷ “Imputaron por maltrato animal al dueño de una mueblería de Palermo que exhibía un pony”, Buenos Aires, La Nación, 15/12/2017 <https://www.lanacion.com.ar/2053386-imputaron-por-maltrato-animal-al-dueno-de-una-muebleria-de-palermo-que-exhibia-un-pony> y “El negocio de las mascotas en el mundo”, Madrid, El País, 4/12/2016 https://elpais.com/elpais/2016/12/01/media/1480620178_921927.html.

⁸ KRIEGER, Walter, *El derecho del consumidor en la pandemia: aportes para la crisis y para el después*, Diario La Ley, Derecho del Consumidor y Coronavirus. Cita online: AR/DOC/935/2020, 17 de Abril de 2020.

disuasorias (daños punitivos) más duras. Finalmente, cuando se logró advertir lo imprescindible que resulta que el consumo sea responsable, esto es, que no afecte sino que sea cuidadoso de nuestra “casa común”, como expresaba Su Santidad, el papa Francisco, en *Laudato si'*.⁹

Coincidimos con Barocelli que el Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan nuestras sociedades como consecuencia de la consolidación de la llamada "sociedad de consumo".¹⁰

Como magistralmente nos enseñaba Ghersi y Weingarten en palabras que compartimos de Niklas Luhmann: no todo es igual, la debilidad merece mayor protección, los jueces, no son árbitros de una contienda entre iguales, son Magistrados para que la justicia tenga sentido y donde los minusválidos sientan, perciban, que en el acceso a la jurisdicción se equilibra lo que en las esferas socio económicas está desequilibrado, por quienes detentan el poder.¹¹

Por esto, los animales están expuestos a diferentes vulnerabilidades dado que no pueden, por así decirlo, ir por sí mismos a un abogado/a a consultar por sus derechos como tampoco pueden ir por sí solos a un psicólogo/a e incluso ni siquiera a un educador/a o entrenador/a, ni verificar la fecha de vencimiento de los alimentos que se les proporcionan, ni elegir el hábitat y ambiente en el cual estar, etc. Todo esto, hace que los animales no humanos se encuentren en constante situación de hiper vulnerabilidad.

Como expresa Urrutia: cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo “Mosca” la figura del consumidor expuesto no se encontraba prevista en la ley 24.240; sin embargo, el Máximo Tribunal actuó en su carácter de intérprete constitucional del concepto de “relación de consumo”. Así pues, entendemos que la reforma del Código Civil y Comercial no limita la posibilidad de que la Corte mantenga la interpretación fijada en “Mosca”, por ser la máxima intérprete de la Constitución Nacional y por tratarse de un concepto constitucional; como asimismo, la doctrina del caso Mosca es valiosa y no existen razones para establecer las diferencias de trato entre quien efectivamente consumió y quien se encuentra expuesto a una relación de consumo.¹²

⁹ BORDA, Alejandro, Una nueva sección: “Novedades en el derecho de consumo”. *El Derecho*. Buenos Aires, 05 de Abril de 2021, p. 1.

¹⁰ BAROCELLI, Sergio Sebastian. Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. En: *Revista Derecho Comercial, del Consumidor y la Empresa*. Editorial La Ley. Bs. As, 24 de Febrero de 2015.

¹¹ GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, (2011). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Defensa del Consumidor*, La Ley; Weingarten, C. (19 y 20 de Septiembre de 2018). “Jornada Internacional de Derecho del Consumidor en Homenaje al Dr. Carlos Ghersi”, Facultad de Derecho UBA.

¹² URRUTIA, Liliana, “Las mujeres como sujeto y objeto de consumo”. En: Arias, M. P. y Urrutia, L. (Coords.), *Protección Jurídica de los subconsumidores. Consumidores especialmente vulnerables*. Rosario. Juris, 2017, p. 115.

En esta sintonía, es necesario contar con una adecuada política a favor de los derechos, individuales y de incidencia colectiva, que tenga en cuenta los principios rectores y la tutela efectiva de los grupos más vulnerables de la sociedad en estos tiempos globalizados.¹³

Hablemos claro, creemos que la doctrina del fallo Mosca, que si bien no trata la situación de los animales no humanos, al tratar el ámbito de aplicación del sistema protectorio del derecho del consumidor extendió su aplicación no sólo a quien contrata en sentido estricto sino a los sujetos de derecho que se encuentren expuestos, alcanzados o aun circunstancialmente en ocasión de una relación de consumo, abre la puerta grande para que los animales no humanos se encuentren alcanzados. Es decir, si los animales no humanos son reconocidos como sujetos de derecho o como sujetos vulnerables o como sujetos sintientes o como sujetos integrantes de un grupo familiar, aplicar el derecho del consumidor en su beneficio, defensa y protección es lo que corresponde hacer, según las circunstancias del caso. En otras palabras, para lograr la armonización y equilibrio en el sistema de consumo y animal en Argentina y la región, el nexo fundamental radica en la educación y la no discriminación.

No olvidemos que la primera dificultad de los animales es la soledad y la comunicación, es decir, la no comprensión. Sin embargo, la situación que los animales no utilicen nuestro mismo lenguaje, no implica, por ejemplo, que los criaderos, pensionados, atención veterinaria, paseadores, educadores entre otros proveedores estén eximidos del cumplimiento objetivo del deber de información de acuerdo a la regulación establecida en el art. 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación o del deber de trato digno, conforme el art. 1097 del mismo cuerpo normativo. No debemos olvidar que los animales son seres con sensibilidad, “sintiencia” y conciencia.¹⁴

El Derecho Animal de a poco va sumando autonomía, al igual que ocurre con un poco más de desarrollo, por ejemplo, en el Derecho Ambiental o el Derecho del Consumidor, entre otras ramas jurídicas, aunque aún queda mucho camino por recorrer. Y no es un aspecto menor

¹³ Según T. Ortiz, “la palabra *globalización* encierra en nuestro concepto tres alcances diferentes. El primero al que llamaremos *restringido* denota a la globalización en su Estado actual consecuencia de las transformaciones tecnológicas y financieras en los últimos tiempos; en un segundo sentido la globalización en sentido *amplio* es un proceso histórico que coincide con los comienzos de la occidentalización del planeta a partir de los viajes y descubrimientos de fines del siglo XV, finalmente, en un sentido *amplísimo* la globalización menta a procesos ocurridos en la denominada antigüedad de la civilización occidental o civilización helenística y que tiene que ver con los intentos imperiales romanos o alejandrinos. la Globalización menta a procesos ocurridos en la denominada antigüedad de la civilización occidental o civilización helenística y que tiene que ver con los intentos imperiales romanos o alejandrinos” (ORTIZ, Tulio, “Pero, que es la Globalización?”, *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Ed. Albremática, Buenos Aires, 2007).

¹⁴ Declaración de Cambridge sobre la Conciencia, 7/7/2012. Ver al respecto: Marita Gimenez-Candela, “La sintiencia animal como concepto jurídico” en Facultad de Derecho UBA, <https://www.youtube.com/watch?v=BOMC9rlaDj0>;

la autonomía, lo cual a nuestro entender se relaciona directamente con la libertad de los animales no humanos, sus derechos e intereses.

Creemos que es un gran avance que el *XX Congreso Argentino de Derecho del Consumidor*, que tuvo lugar en Santa Fe los días 15 y 16 de marzo de 2019, haya incorporado en las recomendaciones generales, entre otras, que “los proveedores de bienes y servicios deben respetar la salud, la seguridad y la dignidad de los animales no humanos”.

No intentamos convencer a nadie sino solo realizar un aporte, abierto a debate y, de cara a sus derechos en las múltiples relaciones en el ámbito consumeril o, mejor dicho, exposiciones en las relaciones de consumo en argentina, como sujetos de especial tutela.

Por esto, es necesario profundizar la conflictología con animales no humanos en las múltiples relaciones en la que están presentes, y los mecanismos alternativos de resolución de controversias de cara a una Argentina con más libertad e igualdad. En este navegar, sería de utilidad que además de la justicia adversarial tradicional, los animales cuenten con la posibilidad del arbitraje de consumo electrónico, entre otros mecanismos eficaces de resolución de conflictos, incluso online (ODR), para conflictos que involucren a animales no humanos. En este sentido, celebramos, entre otros, las miradas y aportes de Gabriela Nasser al respecto del abordaje sistémico del conflicto animal.¹⁵

Se advierte así con evidente claridad la labor trascendente de las juezas y jueces respecto de la temática animal y del reconocimiento de la condición de sujetos de derecho de los animales no humanos, máxime cuando hasta el momento el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina sigue tratando a los animales no humanos como cosas.

En 2015, en el marco de los autos “Asociación de Funcionarios y Abogados por los derechos de los animales y otros c/ GCBA s/ Amparo” Expte. A2174-2015/0, Sentencia del 21.10.2015, la Jueza a cargo del Juzgado N° 4 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dra. Elena Liberatori, resolvió hacer lugar a la acción de amparo de la Asociación De Funcionarios Y Abogados Por Los Derechos De Los Animales (AFADA) y Andrés Gil Domínguez contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires y reconocer a la orangutana Sandra como sujeto de derecho.¹⁶ De esta forma, la jueza Elena Liberatori reconoce desde primera instancia a Sandra como sujeto de derecho, lo que tiene una amplia repercusión e

¹⁵ NASSER, Gabriela, II Encuentro Nacional Sobre Derecho De Los Animales No Humanos. Otras ramas del derecho y su práctica. Facultad de Derecho UBA, 6 y 7 de Junio de 2019 <https://www.youtube.com/watch?v=Xva2H7T9nVI&t=3s>

¹⁶ Sentencia disponible en GIL DOMINGUEZ, Andrés en UNDER CONSTITUCIONAL <http://underconstitucional.blogspot.com/2015/10/orangutana-sandra-sentencia-de-primera.html>

histórica transcendencia en Argentina y en el mundo. En similitud, como es sabido, Sandra fue declarada sujeto de derecho y con un Mandamus. Es decir, se abrió un expediente en la Cancillería Argentina y por orden de la Jueza Elena Liberatori, Sandra no puede ser tomada como cosa en ninguna parte del mundo donde se encuentre. Por ende, si Sandra tuviera algún inconveniente, el cónsul argentino en donde esté Sandra – hoy sería Florida USA- debe intervenir como cualquier nacional.

Incluso en el pronunciamiento respecto de la orangutana Sandra en sede penal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de fecha 18.12.2014, los Dres. Slokar y Ledesma en su voto, con la adhesión de Pedro David, consideraron que, a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, es menester reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos.

Asimismo, el 14 de Diciembre de 2021, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Salsamendi Ezequiel Martín c/ Chivilcoy S.H. y otros s/ daños y perjuicios-ordinario” – Expte. 008622/2016 (publicado en Microjuris, Cita: MJ-JU-M-135443-AR | MJJ135443 | MJJ135443) resolvió la responsabilidad civil de quienes explotaban el servicio de bañado de perros, por el fallecimiento de Chezú, un perro ovejero alemán a raíz de un golpe de calor sufrido -probablemente por la máquina secadora- dentro de las instalaciones.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en este caso estableció que es procedente la indemnización del daño moral por la suma de \$100.000, ya que la pérdida de su mascota Chezú debe haberle ocasionado al actor una gran perturbación espiritual y emocional, una alteración en la paz y tranquilidad y, en general, toda afección a los más íntimos sentimientos, máxime cuando ésta se produjo de manera abrupta e imprevista. Este caso, entendemos, es de gran trascendencia toda vez que reafirma la responsabilidad objetiva de los proveedores y prestadores de servicios de baño y/o peluquería canina en el mercado y la procedencia de la indemnización por daño moral ante la pérdida de Chezú.

En 2016, el Tercer Juzgado de Garantías, Mendoza, Argentina, integrado por la Dra. María Alejandra Mauricio, Juez de Garantías, el Dr. Gerardo Manganiello, Secretario Ad Hoc y la Dra. S. Amalia Yornet, Prosecretaria trata la acción de habeas corpus en favor de la Chimpancé Cecilia, interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek, en los autos “Presentación efectuada por A.F.A.D.A respecto del chimpancé ‘Cecilia’- Sujeto No Humano”, Expte. Nro. P-72.254/15.

La Jueza Dra. María Alejandra Mauricio, en su sentencia del 03.11.2016, resuelve hacer lugar a la acción de habeas corpus interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de la

Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales -A.F.A.D.A.-, con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek; declarar a la chimpancé Cecilia, por entonces alojada en el zoológico de la Provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano, y dispone el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado en la República del Brasil, el que debía efectuarse antes del inicio del otoño, conforme lo acordado por las partes; y solicitar a los integrantes de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza proveer a las autoridades competentes de las herramientas legales necesarias para hacer cesar la grave situación de encierro en condiciones inapropiadas de animales del zoológico, tales como el elefante africano, los elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza, entre otros aspectos. Como es sabido, en 2017 Cecilia fue trasladada a Sorocaba llevando una vida con sus congéneres.¹⁷

¹⁷ En dicha sentencia se ha considerado, entre otros aspectos que: “(...) Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales “sienten” ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal.

La doctrina nos ilustra respecto a las dos líneas teóricas que justifican el reconocimiento de los derechos de los animales: “En primer término se presentan las tesis de corte utilitarista que encuentran su primera formulación en el pensamiento de Bentham, quien postula como sujeto moral a todo aquel capaz de sentir placer o dolor, y ante la afirmativa eleva a sujetos de derechos a todos aquellos que cumplan esta condición, comprendidos entre ellos los individuos del reino animal. En la misma línea, Salt por su parte aboga a favor del reconocimiento de los derechos de las razas animales inferiores. Este desarrollo teórico culmina con la obra de Peter Singer quien define el sufrimiento como característica vital a partir de la cual debe atribuirse la condición de sujeto de derecho. Propone un criterio “antiespecista”, solicitando un tratamiento igualitario entre todos los sujetos de derecho independientemente de su especie...La segunda vertiente teórica es la que podemos denominar ecología profunda y da fundamento al trabajo de Zaffaroni citado en el fallo de la C.F.C.P. Parte de la base de la hipótesis Gaia del Teólogo Leonardo Boff según el cual “La tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaia de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos una única realidad compleja. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas esas partes, sino organicidad entre ellas. Esta naturaleza o Pachamama como organismo vivo es para esta teoría titular de derecho y consecuentemente persona. (MUÑIZ, Carlos M., “Los animales ante la Ley. De Objetos y Sujetos”, Ed. La Ley, AR/DOC/594/2016)

El autor citado critica ambas posturas por los vacíos legales que ambas producen. No obstante, considero que los vacíos legales no resultan fundamento razonable y suficiente para no dar el puntapié inicial a la controversia de si los animales deben ser considerados cosas o sujetos de derechos. No es una declaración dogmática y sobreabundante declarar a los grandes simios como sujeto no humano titular de derechos dado que la ley de fondo civil y comercial los declara expresamente cosas. No basta con la protección contra el maltrato animal y preservación de ellos. La desidia humana en la omisión del estudio y profundización sobre la calidad (o no) de sujeto de derecho no humano de los grandes simios conforma un comportamiento contrario al concepto de dignidad humana, dado que el hombre debe atender a su preservación en la posteridad, la que depende primordialmente del ecosistema que la rodea. Y en él, claramente, están los grandes simios, con quienes compartimos entre el 94 y el 99% de ADN y quienes poseen características análogas al ser humano.

La dignidad humana es producto de una construcción y no algo impuesto y ello en base a la capacidad del hombre de ser racional. Tan así es que, por ejemplo, hasta no hace muchos años atrás la homosexualidad era considerada una desviación en el orden sexual, discusión que actualmente se encuentra ampliamente superada.

En este sendero, el 10 de junio de 2021, en la ciudad de Rawson, Provincia de Chubut, Argentina, el Juez penal Dr. Gustavo Daniel Castro, en la causa caratulada “C,MMM s/ denuncia Maltrato Animal”, conocida como “TITA”, una perra que recibió un disparo de un personal policial que fue condenado por abuso de autoridad, aunque lo inédito del caso resulta que a la perra “TITA” se la declara como sujeto de derecho e integrante de una familia multiespecie.

Como expresa Alejandra Tevez -no en referencia a los animales no humanos aunque de sumo interés y actualidad- las/os jueces deben realizar test de vulnerabilidad según las circunstancias de cada caso.¹⁸

En este sentido, la tutela de la vulnerabilidad como principio general del derecho debe primar y debe realizarse su correspondiente test en cada caso en particular, lo que entendemos también puede tenerse presente cuando se trate de animales no humanos. Al respecto no encontramos obstáculos para que las juezas y los jueces se aparten de realizar el test de vulnerabilidad cuando traten actuaciones en las que participen animales no humanos.

III. A modo de reflexiones finales y propuestas

Hacemos votos y coincidimos en la necesidad de la adecuación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, a ocho años de su vigencia, a efectos que se contemple una adecuada reglamentación de los animales no humanos como sujetos de derechos sintientes. También entre las propuestas estimamos sería positivo: 1) Readecuar los códigos procesales jurisdiccionales tomando en cuenta la subjetividad y la condición de vulnerabilidad estructural de los animales no humanos; 2) Propiciar la modificación de la normativa consumeril teniendo a tutelar la protección de la salud, vida y dignidad de los animales no humanos en las relaciones de consumo; 3) Promover programas de educación a nivel nacional, provincial y local como así también campañas de concientización y sensibilidad; 4) Dotar de personalidad a los animales no humanos readecuando la legislación existente; 5) Reconocer la condición de hipervulnerabilidad de los animales no humanos como sujetos de especial protección y tutela efectiva en su condición de expuestos a las relaciones de consumo en Argentina; 6) Propiciar la creación del: a) Defensor/a del animal; b) Abogado/a del Animal; c) Fiscalía Animal

Cabe señalar que en el delito de maltrato animal regulado por la Ley nro. 14.346 el bien jurídico protegido es el derecho del animal a no ser objeto de la crueldad humana. La interpretación del fin perseguido por el legislador implica que el animal no es una cosa, no es un semoviente sino un ser vivo sintiente. La conclusión entonces, no es otra que los animales son sujetos de derecho, que poseen derechos fundamentales que no deben ser vulnerados, por cuanto detentan habilidades metacognitivas y emociones señaladas en los párrafos que anteceden. (...)”

¹⁸ TEVEZ, Alejandra, *Reflexiones magistrales sobre la vulnerabilidad en el derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, <https://www.youtube.com/watch?v=npETyHfUtyc>

específica; d) Fuero de Derecho Animal en las distintas jurisdicciones en Argentina, entre otras alternativas posibles.

EJE 3

DERECHO y ACCESO A JUSTICIA

LA SOCIOAFECTIVIDAD Y LA INCIDENCIA DEL TRIPLE VÍNCULO FILIAL SOBRE EL COLECTIVO VULNERABLE DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Verónica A. Castro¹

RESUMEN

La exigencia normativa de que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales contradice, en casos particulares, principios fundamentales e ínsitos a toda persona como el derecho a la identidad, cuya protección se refleja en nuestra Constitución Nacional como derecho humano primordial como así también en las disposiciones de la Convención Americana de DDHH y la Convención de los Derechos del Niño, internalizadas en nuestra Carta Magna.

Las diferentes y múltiples maneras de emparentamiento actual (vínculos paternos/maternos) a través de las conformaciones familiares que existen en estos tiempos reseñan el historicismo del vocablo familia, desvirtuando la idea tradicional que se tenía de ella.

Las TRHA y ciertas adopciones importan situaciones fácticas y efectos jurídicos propios que conllevan, en ocasiones, dejar de lado la disposición normativa del último párrafo del artículo 558 del CCyCN. No obstante, no sería pertinente declarar la inconstitucionalidad de dicha ordenación contenida en el cuerpo normativo invocado.

Los casos de pluriparentalidad que correspondan pueden ser resueltos a la luz de los artículos 1º y 2º del CCyCN cuando el interés superior del menor lo amerite.

Palabras clave: Pluriparentalidad – Identidad – Afectividad

I. Objetivo

Analizar la pertinencia de la subsistencia del último párrafo del artículo 558 del CCyCN que prescribe: “...Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la

¹ Abogada, Doctora en Derecho por UNR, Docente asociada de las asignaturas Derecho de Familia; Derecho Extra patrimonial de Familia; Derecho Patrimonial de Familia de la Universidad Abierta Interamericana y Docente Adjunta de Derecho Civil V (Derecho de las Familias) de la Universidad Nacional de Rosario; Secretaria Académica, Abogacía, Rosario, Universidad Abierta Interamericana.

naturaleza de la filiación”, en relación a lo que sucede en la realidad, y que lo contradice en casos puntuales.

II. Antecedentes (Problema y estado del arte)

La jurisprudencia actual ha desoído en reiteradas ocasiones un precepto normativo en materia filiatoria que ya estaba consignado en el articulado del código civil velezano y que, a pesar de los avances y cambios paradigmáticos en la materia, inexplicablemente se ha reiterado en el nuevo digesto civil y comercial que reemplazó en su integridad al cuerpo normativa citado en primer término.

La norma de referencia dispone en el último párrafo del artículo 558 del CCyCN, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Hace referencia a que cada individuo puede tener dos progenitores solamente, sean ellos de igual o diferente sexo.²

Para el abordaje del tema será fundamental reparar en lo fluctuante y cambiante del término “familia”, como también referir a las relaciones que devienen de ella.³

Hoy, resulta impensado hablar de la familia como la concebida otrora, nuclear, matrimonial y heterosexual avalada por el código civil de 1871 vigente hasta el año 2015.

Insistimos, la reproducción, mediante relaciones naturales heterosexuales matrimoniales, actualmente, no es el modelo exclusivo de parentalidad. Por ello, de un tiempo a esta parte, se construyen y consideran múltiples maneras de emparentamiento.

Parte de la doctrina actual destaca una frase identificatoria de los cambios que conllevan lo previamente referido. Se habla de “sumar afectos”, asociando, ahora, lo biológico con lo electivo y volitivo, complementándolos. Cuestión impensada, como ya dijéramos, hasta poco tiempo atrás.⁴

Una conducta volitiva refleja la realización o concreción de lo que ya existe en la faz interna de una persona, es decir, en sus pensamientos, exteriorizándolo en actos. Se trata de una decisión definida.

La Corte Internacional de Derechos Humanos hace uso en sentido amplio del término “progenitores”, considerándolos titulares de la protección de la familia receptada en el artículo 17 de la CADH, que estima que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad debiendo tener la protección estatal.

² Código Civil y Comercial de la Nación. Edición especial UAI. Editorial Lajouane, 1º edición 2015.

³ Tratado de Derecho de Familia, Tomo II. Arts. 509 al 593. Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 453/454.

⁴ DE LA TORRE, Natalia, *Pluriparentalidad: ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?*. Revista de Derecho de Familia nro. 2015-VI, pág. 217.

Lo cierto es, que la intensificación de fallos adversos a la prescripción normativa, despierta el interés del tema. Reparamos en la pertinencia de responder a las necesidades y derechos de los involucrados que guardan especial protección en nuestra Carta Magna.⁵

Explorar las imbricaciones jurídicas-sociológicas del tema es más que llevar a cabo un relevo de casos, supone tratar de identificar las situaciones particulares que llevaron, en ocasiones, a violentar y tildar de inconstitucional la norma en debate.⁶ Su análisis podrá formularse como un aporte de mejora de la realidad social.

Si se pretende realizar un análisis del tópico, nos veremos obligados al estudio de la diversidad familiar a la que ya hemos hecho referencia. Las nuevas conformaciones familiares, ante los cambios sociales, culturales, políticos, psicológicos y jurídicos, se han conformado, amén de la parentalidad matrimonial, en parejas convivenciales, ensambladas, monoparentales y pluriparentales,⁷ entre otras.

Haremos hincapié, como el tema amerita, en hijos nacidos de TRHA, cuyas modalidades de procreación admiten la inseminación homóloga (con material genético de la propia pareja) como así también la inseminación heteróloga (recurriendo al material genético de un tercero). Se admite, además, si bien no está regulada en nuestro sistema normativo, la subrogación de vientre que conlleva la participación de una persona muchas veces ajena, en relación al material genético que lleva en su vientre.

Por lo antes expuesto, abordaremos el tema de la pluriparentalidad, donde los involucrados presentan verdadera vocación procreacional, no circunscribiéndose, en diversas oportunidades, a solamente dos personas como lo pretende y prescribe el art. 558 del CCyCN.⁸

Pretendemos indagar las razones de mantener una norma muchas veces imposible de aplicar y más aún cuando en el año 2015, con la promulgación del digesto que recepta nuevamente la disposición se jacta de ser progresista y de vanguardia, enarbolando las banderas de la pluralidad y diversidad. Sin embargo, no plasmó la protección pluriparental.⁹

Disposiciones administrativas y jurisprudencia nacionales han dejado de lado, en oportunidades concretas, lo normado en el artículo 558 del CCyCN, último párrafo, mediante la aplicación y justificación cimentada en los arts. 1 y 2 del CCy CN, en especial al prescribir el

⁵ Constitución Nacional Argentina. Editorial Eudeba. Edición 2010.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T. III. Editorial Ediar, año 2001, pág.437.

⁷ RIVAS, Ana María, *Pluriparentalidades y parentescos electivos*. Presentación del volumen monográfico. Revista de Antropología Social, Octubre 2009, pág. 9.

⁸ FAMA, MARIA VICTORIA, Derecho de Familia. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida. Tomo I, pág. 188.

⁹ FERNANDEZ, Silvia E. y HERRERA Marisa, *Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad*. Revista de Derecho de Familia nro. 83, Doctrina, pág. 145.

artículo 2º, “...teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre DDHH, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo ordenamiento”.

De negar esta realidad, como ya manifestáramos, sería violentar el derecho elemental y primordial que tenemos las personas; “el derecho a la identidad”, sumado al “interés superior del menor”.¹⁰

Siguiendo a Díaz de Guijarro,¹¹ podemos distinguir tres aspectos relacionados con el acto procreacional: 1) la voluntad de la unión sexual; 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional.

La voluntad de la unión sexual se traduce en la libertad de mantener relaciones sexuales. La voluntad procreacional es el deseo y la intención de crear una nueva vida, la cual recibe protección del ordenamiento jurídico, tutelando a la persona en su decisión de tener un hijo. El aspecto volitivo del que ya hicimos referencia.

La responsabilidad procreacional surge del hecho de la procreación ya sea natural o asistida y de las consecuencias que este hecho origina. Si la unión sexual produce la fecundación, engendra una responsabilidad directa de los progenitores en relación con la persona por nacer.

Cuando funcionan estos aspectos se perciben diferencias según se produzcan dentro de un proceso de procreación natural o de una procreación humana asistida.

En la filiación por naturaleza, los tres aspectos pueden estar presentes, (voluntad de la unión sexual, voluntad y responsabilidad procreacional).

También puede presentarse el supuesto donde la voluntad y responsabilidad procreacional esté sólo presente en uno de los progenitores, como sería el caso de un hijo extramatrimonial no reconocido. Pero en este supuesto, como la filiación y la responsabilidad parental son institutos creados en el interés del hijo, éste cuenta con recursos para obtener un emplazamiento completo ante la ausencia del reconocimiento, como la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

En cambio, en la procreación humana asistida la situación es diferente por diversos motivos: 1.- Disociación entre unión sexual y procreación y/o fecundación asistida, circunstancia que conlleva a una disociación entre voluntad de la unión sexual y voluntad procreacional; 2.- El vínculo no abarca solamente a la pareja de padres, sino que engloba al

¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. Año 1989.

¹¹ DIAZ de GUIJARRO, Enrique, *La voluntad y la responsabilidad procreacional como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*. JA.III; 1965, pág.21.

equipo médico que interviene en el proceso reproductivo; 3.- Disociación entre verdad biológica y voluntad procreacional cuando se emplea material genético de una tercera persona, (Técnicas heterólogas); 4.- La ciencia permite que una mujer satisfaga el deseo de un hijo por medio de material genético de tercero dador, situación que genera la reunión en una misma persona de la voluntad y responsabilidad procreacional sin unión sexual; 5.- Probable disociación entre padre/madre genético, madre gestacional y padre/madre legal; 6.- Proceso vital discontinuo en el supuesto de embriones crioconservados.

A todo lo expuesto se suma que la manifestación de la voluntad y responsabilidad procreacional se exteriorizan mediante el consentimiento informado y la libertad en la decisión de someterse o no a la técnica propuesta, dejando de corresponder la procreación al ámbito íntimo de la pareja para transpolar al ámbito público, con intervención, en muchas ocasiones, de una pluralidad de protagonistas.

La reproducción humana asistida en sus distintas formas, representa un acto jurídico para el cual será necesario el acuerdo de voluntades de las partes sobre el objeto que pretenden, aceptando las consecuencias y efectos que se producirán por tal motivo.

La libre elección de toda persona de ser padre o madre, y acudir a los tratamientos médicos que le permitan procrear debe partir de una base afirmativa, pues el consentimiento de cada uno de ellos integra el ámbito de reserva y privacidad de las acciones personales de todo hombre o mujer receptado en el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Es digno de resaltar que toda vida debe ser vivida dignamente, entendiéndose por dignidad “el derecho que tiene todo hombre de ser respetado como tal, es decir como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad y personalidad. No ha de tratarse de una cualidad que es otorgada por alguien, sino inherente o consustancial a todo ser humano”.

Resulta, como ya se ha expresado, que a partir de la reforma del año 1994 de la Constitución Nacional, se incorporan los Tratados Internacionales, (artículo 75 inc. 22), los que guardan rango constitucional (Art. 31 de la CN) no derogando artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta Magna, entendiéndose aquellos como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 1 prescribe el Derecho a la vida; artículos 7 y 8: Derecho a la identidad; art. 23: Derecho a la dignidad, priorizando siempre el interés superior del niño, entendiéndose por tal el mejor interés como pauta axiológica con génesis en la Constitución tornando lícita la aplicación de los preceptos legales.

Es dable citar también la ley 26061 de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes disponiendo en su art. 1º el objeto de esta ley: la "protección integral de los

derechos de las niñas, niños y adolescentes...para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte"...

El Dr Lorenzetti, en sus palabras introductorias a la necesidad de la reforma del código civil y comercial, ha expresado que la finalidad de las reformas introducidas fue la de dar un “marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar”, de esta manera la nueva normativa ofrece “...una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.¹²

El carácter plural de las familias fue afirmado en el caso Atala Rizzo contra Chile, del 24/02/2012, donde la Corte Interamericana dejó en claro que la Convención Americana no tiene un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma¹³.

Este tipo de normas, ponen en crisis el binarismo hombre, mujer, papá, mamá. Sin dudas, la sanción, en nuestro país, de la ley de matrimonio igualitario impulsó el proceso de deconstrucción de un único modelo familiar y construcción de vínculos filiales nuevos, por cuanto trajo una reinterpretación de los vínculos afectivos.

El quiebre del binarismo filial, obliga a repensar los vínculos filiales desde la autonomía de la voluntad, especialmente en el caso de las TRHA, y la socioafectividad, más que en el orden público.¹⁴

La primera vez que se reconoció una triple filiación fue en Ontario, Canadá.¹⁵ De esta sentencia, podemos destacar que: “el concepto actual de familia, más allá del tradicional de la familia “matrimonializada”, entre hombre y mujer, debe entenderse como “cláusula abierta”, no excluyéndose del concepto de familia, a las formadas en la afectividad, con motivación eudemonista, que surge de la dignidad individual de sus integrantes, pautadas por el respeto y el reconocimiento de las características personales ante la colectividad. El juez no es un mero lector de la ley y no debe temer a nuevos derechos”.

¹² LORENZETTI, Ricardo, *Palabras preliminares*, Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial Errepar S.A. Buenos Aires, 2014, pág. 4.

¹³ http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=es

¹⁴ P, I C/ D, S – IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN” Expte. N° 16725/20, Jueza Interviniente: Dra. Ana María Carriquiry. San Ramón de la Nueva Orán, 10 de Agosto de 2021.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá, 2/01/2007 “A.A. vs. B.B., 2007 ONCA 2.

En las Jornadas XXV de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca en 2015, la Comisión N° 14 de estudiantes concluyó que “el interés superior del niño debe ser definido a la luz de la socioafectividad como valor que lo realiza en el caso concreto”.¹⁶

Entre las conclusiones de las XXVIII de las JNDC de septiembre 2022, Comisión N° 7 por unanimidad se entendió por socioafectividad una especie de “afecto” calificado por la reciprocidad y la cercanía.¹⁷

La socioafectividad¹⁸ hace a la identidad dinámica, representa el conjunto de atributos y características que permiten individualizar una persona en la sociedad; identidad personal es lo que hace que una persona sea ella misma, y no otro. Estas características de la personalidad se proyectan hacia el mundo exterior. Esta es la faz dinámica de la identidad. Mientras que, lo biológico hace a lo físico, su ser, a lo genético.

Entendida como tal, resulta de la consideración del afecto entre las personas para la regulación de las relaciones familiares que conlleven consecuencias jurídicas entre ellas.

La postura tomada por la minoría en las XXV Jornadas de Derecho Civil, donde se sostuvo que, de la lectura sistémica de todo el Código, no resulta necesaria la tacha de inconstitucionalidad de la última parte del artículo 558, para resolver los casos de pluriparentalidad.

Por otro lado, y abundando en posibles casos de pluriparentalidad se configura también en uno de los tipos receptados por el CCyCN nomencado como adopción de integración. Resulta de ella la adopción del hijo del cónyuge o del conviviente teniendo como finalidad integrar a la familia. Es decir, permite adoptar a hijos de la pareja de un hombre o mujer con los que ya se ha constituido una nueva familia.

En general, se trata de niña/os o adolescentes, quienes durante la mayor parte de su vida han convivido con la pareja o cónyuge de uno de sus progenitores, afianzando un vínculo filial que los lleva a reconocer a esta persona en tal sentido consolidando la afectividad que viene de larga data.

Por estas razones y como se verá más adelante, el actual código de fondo contempla que la adopción integrativa puede ser otorgada por el juez con los efectos propios de una adopción simple o plena, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al caso concreto, y “atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño” (arts. 621, 631 CCyCN).

¹⁶ Jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/brunelhuais-y-otros-pluriparentalidad.pdf., Familia: “Identidad y filiación”. “Pluriparentalidad”, Filiación e identidad en el CCYC

¹⁷ <http://mendoza legal.com/2022/09/27/conclusiones-y-ponencias-de-las-xxviii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-mendoza-2022>.

¹⁸ LA LEY, Diario 31/03/23 Año LXXXVII , N°62 Tomo La Ley 2023-B ISBN0024-1636 RNPI5074 180 Bs As. Arg.

Si el adoptado en forma integrativa tiene un solo vínculo biológico de origen (biológico, adoptivo, o derivado de técnicas de reproducción humana asistida), se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena, ejerciendo ambos padres de manera indistinta la responsabilidad parental. Si tiene doble vínculo filial de origen, la adopción integrativa puede ser simple o plena, atendiendo al interés superior del niño. Justamente allí radica la posibilidad de superar el doble vínculo filial.

En un fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires se definió expresamente cuál es la finalidad perseguida en este instituto: “no está orientado a amparar la infancia abandonada, sino a consolidar un vínculo paterno filial preexistente, pues quien reclama la adopción quiere ser el progenitor de ese niño, quiere reconocerle idénticos derechos y obligaciones que a un hijo biológico”.¹⁹

Se ha estimado que la adopción de integración guarda un tratamiento autónomo en referencia a la clasificación de los otros dos tipos regulados, simple y plena propiamente.

Insistimos, estamos ante un tipo de adopción con particularidades, dado que, a diferencia de la adopción plena o simple, no se está tratando aquí de otorgar progenitor/s a un niño, niña o adolescente desamparado con necesidades afectivas y materiales que no pueden ser asumidas por la familia de origen, sino de “sumar afectos”. Deviniendo tal sentido en la posibilidad de un doble, triple y hasta un cuádruple vínculo filial.

Una cuestión de consideración será la vigencia del lazo biológico afectivo entre el niño, niña o adolescente y el/los progenitor/es de origen y el adoptante por integración, quien ingresará a la familia conformando lazos multiafectivos.

Existen variadas posibilidades, entre las cuales puede darse que ambas nuevas parejas o cónyuges de los padres biológicos pretendan judicializar la afectividad que sienten por los hijos de éstos y hasta la posibilidad de ex cónyuges o convivientes respecto de hijos de uno de ellos luego de la ruptura del vínculo conyugal o convivencial.

Actualmente, el derecho descansa en tres valores fundamentales: la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona, no permitiendo su análisis si no se parte del derecho a la vida, puesto que se trata, como ya manifestáramos, del derecho básico y rector que la persona posee, vinculándolo con la autonomía, consistiendo esta última en la posibilidad de tomar decisiones propias en las distintas áreas de la vida. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse siempre el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Más aun tratándose de niños, recuérdese: "todo ser humano desde

¹⁹ S.C.B.A., en “D.M.M. s/ Adopción”, 04-07-2007, IJ-XX422, Buscador Jurídico IJ Editores, www.ijeditores.com.ar

el momento de su concepción..."- cuyo interés superior debe considerarse primordial en virtud de lo dispuesto por el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es precisamente su propia naturaleza jurídica, el de constituir un vínculo legal, lo que le da la fuerza y la razón de ser a esta institución, pero su causa fuente no es la ley, sino la socio-afectividad, toda vez que solo cuando exista una relación de afecto, más o menos consolidada entre las partes involucradas: los adultos y los NNA, es que se habrá de justificar la decisión de conferir el marco legal a lo que en los hechos ya ha sucedido, porque en esa situación fáctica ya nos encontraríamos en presencia de una familia.

Toda norma debe aceptar su excepcionalidad, cuando las relaciones humanas, las circunstancias fácticas de cada uno de los procesos de abrigo que culminan en la declaración de estado de adoptabilidad, de mantenerse el rigorismo formal, terminarían siendo contrarias al interés superior del niño.

El derecho argentino se ha manifestado con relación a la socio-afectividad como causa fuente de derechos y obligaciones, más tímida e incipiente que otras legislaciones, no obstante, también considerada; verbigracia, en el artículo 7º del decreto 415/2006, que reglamenta la ley 26.061, que en primer término dispone, al definir a la familia o al núcleo familiar que "Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección".

"La precitada norma adopta un enfoque integral de las políticas públicas dirigidas a los NNA y sus familias, constituyendo un instrumento legal que convierte en operativas las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante el establecimiento de procedimientos explícitos que las entidades de atención y protección públicas y privadas y los ámbitos judiciales deben respetar".

Hasta finales del año 2022, se registraron en el país veinte casos de triple filiación, dos de ellos, premencionados, se resolvieron por la vía administrativa. Los otros 18 judicialmente, 14 con sentencia firme, 1 con sentencia denegatoria y 3 sin decisión definitiva.

III. Conclusión

A modo de síntesis, y siempre bregando por el Interés Superior de niñas, niños y adolescentes, cuya amplia conceptualización obra en la ley nacional 26061, siempre pregonando el principio rector "favor debilis o pro minoris", debería meritarse, ante el caso concreto, la pertinencia de otorgar el triple vínculo filial, sin necesidad de tildar al artículo 558 in fine del CCyCN de inconstitucional, mediando la interpretación cabal de las disposiciones

normativas contenidas en los artículos 1 y 2 de igual digesto normativa, en consonancia con su artículo 12.

Para ello, y siempre ponderando disposiciones de nuestra Carta Magna (art. 19; preámbulo, principios de libertad, autonomía, dignidad e integridad), y por imperativo del artículo 75 inciso 22 elevando el estandarte de los derechos supra legales; Derecho a la vida privada y familiar (art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a la integridad personal (art.51 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH), a la igualdad y a la no discriminación (art. 24 CADH), como también disposiciones ineludibles de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), entre otras.

Como conclusión y a modo de cierre, ratificando y enfatizando lo *ut supra* referido, es dable aseverar que, en concordancia con lo normado en los primeros artículos del CCyCN, los casos que se planteen han de ser resueltos a la luz de las leyes del digesto precitado en total consonancia con las prescripciones constitucionales, los Tratados Internacionales de los que nuestra República forma parte, y los principios y valores jurídicos.

Por otro lado, los usos, prácticas y costumbres, serán vinculantes cuando las leyes hagan referencia a ellos o a situaciones no reguladas específicamente mientras no configuren violación al orden impuesto, como puede resultar de los casos de marras, y siempre en armonía con el umbral elemental y primigenio del Interés Superior del Niño, orientando toda decisión que los involucre en el bienestar y ejercicio pleno de sus derechos.

ABUSO SEXUAL INFANTIL
ENTRE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y LAS POSIBILIDADES REALES
DE ABOGADOS Y ABOGADAS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

María Del Carmen Musa¹
Romina Cocomazzi²

RESUMEN

Las campañas de concientización sobre la identificación, prevención y protección contra la violencia sexual impactan fuertemente en la agenda del fuero penal juvenil. Las y los profesionales de la Abogacía desempeñan una función insustituible en el acompañamiento tanto de víctimas como de victimarios (en el caso, adolescentes o púberes). La sobrevaloración del proceso penal conspira las más de las veces contra la finalidad restauradora que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño impone a las intervenciones de esa agencia estatal, a la vez que retrae las posibilidades de sanación de las víctimas. Sin embargo, estamos a tiempo de rescatar su pedagogía y la posibilidad que nos brinda para explorar otros modelos donde las necesidades de todos los involucrados sean tenidas en cuenta. Donde se ponga el acento en la vida por vivir.

Palabras clave: Abuso sexual infantil – Profesionales de la Abogacía – Acompañamiento

I. Estado de situación

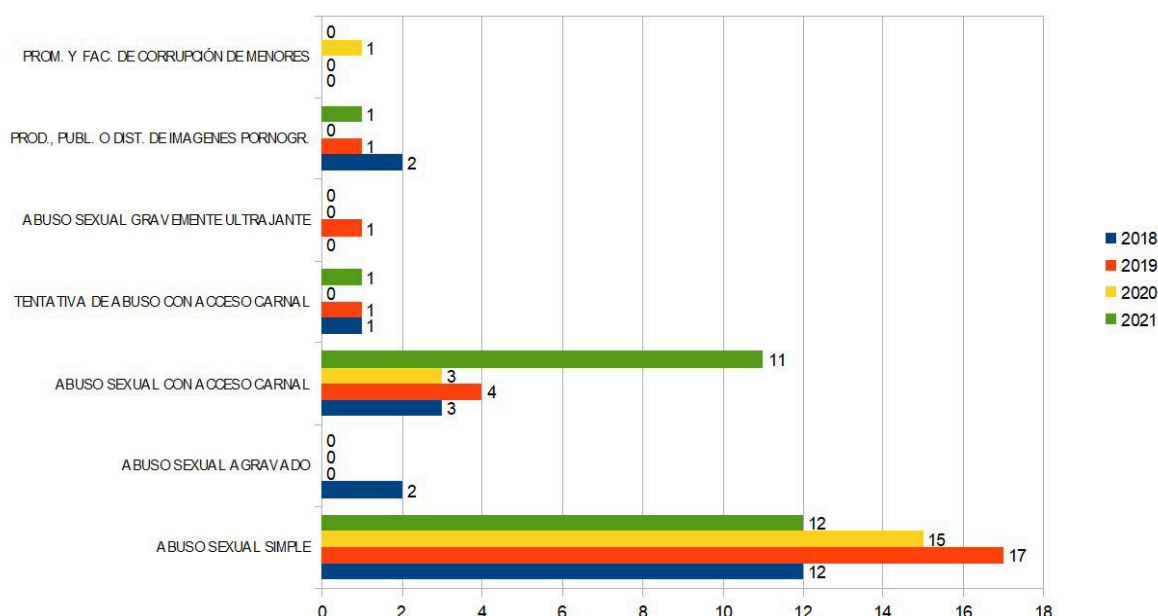
Con profundo agradecimiento al COLABRO por la invitación que nos cursara, pretendemos estas líneas como incentivo a las y los colegas lectores para el intercambio de miradas sobre un tema que nos moviliza: el crecimiento de las denuncias de abuso sexual infantil y la correspondiente demanda del servicio de justicia que ellas acarrearán.

¹ Jueza de Menores. Especialista en Derecho Penal. Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, UCA.

² Secretaria del Juzgado de Menores de la Primera Nominación de Rosario. Especialista en Derecho Penal UNR. Docente universitaria de grado y posgrado UCA.

Se ensayó una investigación sobre el tratamiento dado a las denuncias ingresadas en un Juzgado de Menores en el período comprendido entre el 1 de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2021.³

TIPIFICACION - COMPARATIVO ANUAL



En miras de un proceso colaborativo donde los operadores nos reconocemos hermanados en la búsqueda de verdad y justicia, aun desempeñando cada quien su función, es que compartimos con quienes actúan la defensa penal del adolescente imputado⁴ tanto como el acompañamiento de niñas, niños y adolescentes víctimas, algunas apreciaciones que agrupamos conforme los títulos que siguen.

II. Las víctimas

“Cuando decidimos intervenir en la problemática del abuso sexual, sabemos que nuestro deseo ha de estar prevenido para evitar, en lo posible, revictimizaciones buenas, si es que existieran. No estamos llamados a dimensionar la deuda del padeciente. Mucho menos centrarnos en posicionamientos misericordiosos. Empatía, humildad y compromiso. No somos los salvadores del mundo ni debemos pretenderlo, pero ¡Cuánto puede cambiar un mundo sufriente cuando nuestra escucha, la más idónea de nuestras herramientas se despliega

³ Participan del Proyecto de Investigación la Psicóloga Teresa Barceló (sumariante) y la Lic. Isabel Fernanda Ojeda (Auxiliar Social). En el procesamiento de datos, Mg Renzo Nahuel Murina Cadierno.

⁴ Utilizaremos el género masculino cuando nos referimos a la persona ofensora porque en la totalidad de los casos relevados y recordados, se trata de varones.

alojando las múltiples formas del decir del otro!”.⁵Jorge Garaventa habla a terapeutas. Sin embargo, sus recomendaciones también nos son idóneas si es que dimensionamos cuánto nuestra intervención puede acompañar a las víctimas en la integración del trauma que las atraviesa, único camino para sanar.⁶

Generalmente, y en particular cuando la persona vulnerada es un niño o niña, se solicita que la persona adulta que anotició el abuso sexual ahonde en el relato y complete la información que permita dar curso a la investigación. Poner palabras al torbellino de emociones que experimenta el/la denunciante, a quien la víctima le develó el hecho, la calmará. Posteriormente, se procede a escuchar a la niña o niño, mediante el dispositivo de Cámara Gesell.⁷

Ahora bien, es bueno pretender que la víctima esté dispuesta a desvestirse en algún momento de esta condición. Y si la persona afectada es de corta edad, será la mamá la convocada a ese movimiento difícil. Más difícil aun cuando la circunstancia de hoy le actualiza propias experiencias abusivas que no dueló lo suficiente. Así, la reiterancia sistémica de abusos y las historias que se repiten son circunstancias que aparecen con frecuencia. Siendo las niñas y niños víctimas personas en desarrollo, es necesario tratar de despojarlas del estereotipo estigmatizante de “abusada/o”. Por ello, todos los operadores del derecho debemos propiciar espacios para que tanto las víctimas como sus familias puedan trabajar en la resiliencia.⁸ Lo cual no significa desconocer su condición de víctima, sino brindarle herramientas para que puedan continuar viviendo.

En este transitar cumple un rol fundamental el profesional del derecho que asesora a la víctima. Si bien la figura del querellante no está permitida en el proceso penal juvenil santafecino⁹, nada impide que la víctima sea acompañada por un abogado de su confianza¹⁰. En

⁵ GARAVENTA, Jorge. “Palabras preliminares”, en *Agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes. Te lo cuento cómo y cuándo puedo. El polimorfismo del lenguaje infantil*. CAO GENÉ, Macarena, Compiladora. Editorial Punto Aparte, Buenos Aires, 2022, pág. 25.

⁶“Entendemos las huellas del trauma en la manera como nos comportamos y sus repercusiones en las relaciones que establecemos... Sabemos que la experiencia de seguridad es el comienzo de la sanación”, MATÉ, Gabón; La sabiduría del trauma, www.scienceandnonduality.

⁷ La Cámara Gesell es un recinto conformado por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, que cuenta con un sistema de grabación de audio y video en el cual los niños, niñas y adolescentes son entrevistados por un experto mientras las partes procesales escuchan su relato en la habitación contigua, controlando la producción del testimonio y efectuando preguntas por intermedio del entrevistador experto.

⁸ La Real Academia Española la define como “Capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos.”

⁹ Así lo establece el art. 5 inc. 2 tercer párrafo del Código Procesal del Menor (Ley 11.452). Normativa declarada constitucional por la CSJSF en “V.E.E – Homicidio Agravado, Amenazas, Portación de arma de fuego s/recurso de inconstitucionalidad”, Tomo 252, Folio 305/314 del 17/09/2013, con voto en disidencia del Dr. Netri. Sin embargo, existe algún antecedente de declaración de inconstitucionalidad en la Circunscripción Judicial N°1, Libro de Autos y Sentencias N° 30, Resolución N° 179, Folio 072/085, 25/03/2019. Reyes (disidencia), Creus y Netri Bruno.

estos supuestos, es imprescindible que quien les brinde asesoramiento tenga un cabal conocimiento del sistema penal juvenil argentino y sus alcances a fin de no generar falsas expectativas en sus representados. Esto conlleva a que la labor no se limite a un mero asesoramiento jurídico sino que incluya un acompañamiento sereno en el proceso de integración el trauma, haciéndoles conocer a la víctima y a los familiares las limitaciones de la persecución penal juvenil, sobre todo en casos de menores de edad no punibles.

Finalmente, con motivo de la reforma al art. 67 del Código Penal¹¹, en el último tiempo se ha dado el fenómeno de que personas adultas abusadas cuando niñas se presentan a los estrados judiciales a reclamar justicia. Cuando el ofensor también era menor de edad al momento del hecho, la presentación aludida tramita en los Juzgados de Menores.¹² Así, se comenzó a hablar del derecho al tiempo, el que considera que *“reconocer y asumir que se ha sido víctima de un delito de esa naturaleza demanda muchos años, dado que esa persona lo revela cuando alcanza la capacidad de discernimiento y decide compartirlo con alguien que le merezca confianza...la gravedad de estos delitos, sus notable incremento y la brutalidad de las secuelas que dejan en las víctimas requieren de un tiempo extra para su elaboración en comparación con otros delitos.”*¹³ Esta nueva forma de contabilizar los plazos de prescripción impulsó la discusión sobre su aplicación en casos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva normativa legal, circunstancia que contrariaría el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna.

Quienes patrocinan a las víctimas equiparan los delitos contra la integridad sexual a los delitos de lesa humanidad por la grave violación a los derechos humanos que provocan, entendiendo que los mismos deben ser imprescriptibles. Fundamentan que la prescripción de acción no es un derecho del imputado que tenga consagración constitucional o convencional, sino una decisión político-criminal del Estado que condiciona el ejercicio del *ius puniendi*. Por lo que tratándose de delitos que provocan graves violaciones a los derechos humanos de las

¹⁰ Por aplicación supletoria del art. 80 del C.P.P. (Ley 12.734) y la Ley Provincial 13.923 que crea el abogado del niño.

¹¹ Redacción según Ley 27.206 la cual establece que la prescripción de la acción penal se suspende *“mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.”*

¹² El proceso se encuentra regulado por el Código Procesal de Menores de Santa Fe, Ley 11.452, cuyo sistema aún no ha sido modificado en consonancia con el sistema acusatorio vigente para personas mayores de edad (Ley 12.734).

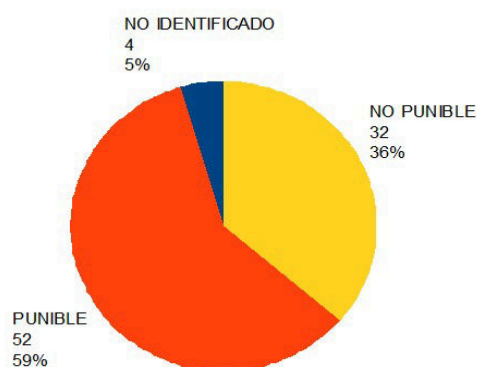
¹³ ALMADA, Sonia. “Derecho al Tiempo”, en *Agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes. Te lo cuento cómo y cuándo puedo. El polimorfismo del lenguaje infantil*. CAO GENÉ, Macarena, Compiladora. Editorial Punto Aparte, Buenos Aires, 2022, pág. 32.

víctimas, debe ceder en pos de garantizar la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y al interés superior del niño/a víctima.¹⁴

Por nuestra parte, consideramos que la imprescriptibilidad debería tener consagración legislativa expresa ya que en caso contrario resulta plenamente operativo el principio de ley penal más benigna. En este sentido se ha dicho que *“ni la Convención de los Derechos del Niño, ni la Convención de Belém do Pará ni la CEDAW establecen reglas de prescripción diferenciada de la acción penal respecto de delitos de abuso sexual -cuando los mismos no son cometidos por agentes del Estado o con algún grado de connivencia con el poder estatal, [por lo que no puede] implicar la derogación, modificación o interpretación diferenciada del instituto de la prescripción que derive, a su vez, en la afectación del principio de legalidad penal.”*¹⁵ Sin embargo, sentar esta postura no implica denegar a la víctima la posibilidad de obtener un juicio de verdad - por fuera del sistema penal - que le permita reconstruir la verdad histórica de los hechos como modo de reparación simbólica y a fin de garantizarle el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.¹⁶

III. Cuando el presunto agresor tiene edad de punibilidad¹⁷

OFENSOR - COMPARATIVO PUNIBLE/NO PUNIBLE



¹⁴ Por aplicación de las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, Convención Interamericana de Derechos Humanos, y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

¹⁵ Auto Nro. 553 T XXXVII F 216/223 del 28/05/2020 dictado por el Juez Penal de Primera Instancia de Rosario, Dr. Mariano Aliau, en el CUIJ Nro 21-08040833-9 y que fuera confirmado por la Dra. Carolina Hernández y por la CSJSF Tomo 308, Folio 115/123 del 29/06/2021. En igual sentido se ha pronunciado la Sra. Jueza Penal de Cámara, Dra. Carina Lurati, en Auto 637 T LII F 225/229 del 17/12/2021 CUIJ Nro. 21-07032115-4 al considerar plenamente aplicable el principio del ley penal más benigna.

¹⁶ Conforme lo resuelto por la CSJSF Tomo 308, Folio 115/123 del 29/06/2021. Voto de la Dra. Gastaldi.

¹⁷ El Régimen Penal Juvenil Argentino se encuentra regulado por la Ley 22.278. La misma establece en su art. 2 que *“es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que no incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el art. 1”*, esto es: delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación.

La principal diferencia entre la persecución penal de personas menores de edad punibles y el régimen penal de adultos radica en que la aplicación de una sanción penal se presenta como eventual, quedando la misma supeditada al resultado del seguimiento social.¹⁸ Así, se despliega para los imputados un proceso bifronte que persigue, por un lado, establecer su responsabilidad penal y grado de participación en el hecho atribuido y, por el otro, brindarle un seguimiento socio-educativo (“tratamiento tutelar”) que fomente en él *“su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”*¹⁹

Para cumplir con el mandato convencional, las propuestas socioeducativas deben ser diferentes a las que se les asignan a imputados por otros tipos delictivos. Esto se debe a que en estos casos suelen observarse claros patrones y estereotipos de género muy arraigados, en donde las violencias son concebidas como una forma de manifestación de su virilidad, despojando a la víctima de su condición de sujeto. Circunstancias derivadas, en muchos casos, de haber sido víctimas ellos mismos de distintos tipos de violencia. Así, el abordaje debe centrarse en la responsabilización subjetiva, en el reconocimiento del otro como persona y en la deconstrucción de las masculinidades. Ello a fin de brindarle la oportunidad de resocializarse y evitar la sanción penal o disminuirla. Aunque, en muchos casos, ésta será necesaria por ser la única vía idónea de reparación para la víctima y de reconocimiento de su responsabilidad para el agresor.²⁰

Otra de las cuestiones que se plantean en el caso de las personas punibles es la posibilidad de que el imputado pueda estar presente en la retrocámara mientras la víctima depone bajo el sistema de Cámara Gesell. Ello en pos de garantizar su derecho de defensa material en el control de la prueba de cargo. No es pacífica la postura que habilita su

¹⁸ El art. 4 Ley 22.278 dispone: *“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme las normas procesales. 2) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogía por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.”*

¹⁹ Convención de los Derechos del Niño, art. 40. 1.

²⁰ Para profundizar véase CAPACETE, Laura (compiladora). *Jóvenes con conductas sexuales violentas*. Editorial Letra Viva, Buenos Aires, 2017.

participación en dicho acto procesal, controversia que se puntualiza tanto en su presencia como en la información que sobre la misma debe suministrársele a las víctimas.

Así, para evitar posibles contactos o perturbaciones en el ánimo del niño/a que declara, algunos estiman que basta la presencia del abogado defensor para controlar la prueba, ya que éste tiene un cabal conocimiento de la versión de los hechos que le dio su defendido. Otros la rechazan haciendo primar el derecho a la información de las víctimas a conocer esta circunstancia por sobre el derecho de defensa del imputado.

Por nuestra parte, siguiendo las “*Guías de Buenas Prácticas para el abordaje de NNyA víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*”²¹, entendemos que debe dársele la posibilidad al imputado de escuchar el relato y proponer preguntas sobre aquellas circunstancias que solo él y la víctima puedan conocer. Para compatibilizar los derechos de ambas partes, su participación debe hacerse por medio del sistema de circuito cerrado y en un recinto separado del lugar en donde se encuentra la víctima, a fin de garantizar que no haya ningún tipo de contacto entre ambos.²² En cuanto a la información que debe brindársele a la víctima respecto de su participación en el acto, compartimos la postura que señala que “*si la noticia de la presencia del imputado en el ejercicio de su derecho constitucional de debida defensa en juicio puede influir negativamente en su relato, se debe minimizar o adecuar tal información. Si esto es así no hay dudas que debemos acudir al llamado clearing de valores: entre el derecho de información del niño que ponga el acento en la presencia del imputado y lograr un acto transparente, íntimo e imparcial, no hay duda alguna que esa información precisa referida se debe adecuar o ceder para lograr una tutela judicial efectiva de las víctimas vulnerables.*”²³

IV. Cuando el presunto agresor es no punible

Cuando la persona denunciada es menor de 16 años, la competencia jurisdiccional se limita a la investigación del suceso. En particular, la magistratura está obligada a averiguar si han intervenido personas mayores de edad o menores con edad con capacidad de reprochabilidad penal. Mas no tiene facultad para establecer medidas de coerción respecto del

²¹ Elaborado por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia, UNICEF y la Asociación por los Derechos Civiles

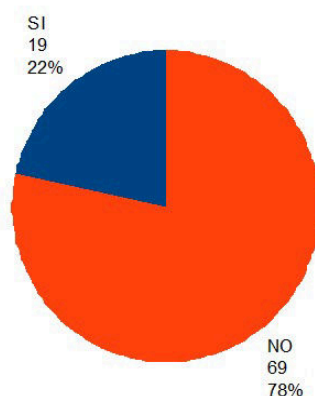
²² Este fue el criterio sentado por los ministros de la CSJSF Dres. Erbetta y Falistocco en el caso “*M. Miguel Ángel s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad*” del 15/09/2020, en donde realizaron un *obiter dictum* indicando que era esperable que en lo sucesivo se respete el procedimiento establecido en las Guías de buenas prácticas de UNICEF en cuanto refiere a la presencia del imputado durante la entrevista testimonial.

²³ CARBONE, Carlos Alberto. *Prueba difícil, delitos sexuales, Cámara Gesell y abogado del niño. Visión Jurisprudencial*. Editorial Juris, Rosario, 2020, pág 89

infractor, nunca imputado, pues no se abre proceso penal en su contra.²⁴ Convocado el denunciado a informar cuanto quiera y pueda, es asistido por el Asesor de Menores. Estamos en presencia de una cuestión dilemática por cuanto se piensa al convocado como un imputado y, desde allí, muchas veces se le aconseja que guarde silencio. Un sin sentido a nuestro modo de ver desde el momento que se interpreta el llamado con la finalidad de que éste ejerza su derecho a ser oído, cuando, en realidad, quien es llamado a informar acude porque se lo cita. Sin pensar en apremios, bien podría aprovecharse la oportunidad para que el convocado comience a imprimir registro del malestar propio y ajeno, y a apropiarse tanto de la prohibición de acercamiento a la presunta víctima como de nuevos pasos en la construcción de una masculinidad respetuosa y libre de violencias. ¿A cargo de quién? En principio, a cargo del organismo administrativo de promoción de derechos. En rigor de verdad, a cargo del que ofrezca un espacio.

La ausencia de procedimiento para quienes son no punibles implica que no habrá una sentencia que dé fijeza al hecho y establezca algún tipo de sanción para el infractor. Entonces, ¿para qué someter a la víctima a un examen físico o a la declaración en Cámara Gesell? Salvo que el/la terapeuta lo solicite en consideración al bienestar de su paciente. Muchas veces observamos cómo los padres que denuncian insisten en que sus hijos o hijas sean examinados por un médico forense o entrevistados en Cámara Gesell, en su intento de conocer la verdad sobre lo sucedido. En estos casos, someter a las víctimas a estas medidas de prueba no tiene sentido jurídico-práctico sino sólo la exposición a revivir lo sucedido. De ahí que los profesionales del derecho deben asesorar a los denunciantes sobre lo inconveniente de estos métodos invasivos de averiguación de la verdad cuando nada van a aportar al proceso.

ENTREVISTA - CAM. GESELL



²⁴ CSJN, “H., A. O. s/ infracción ley 23.737”, 24/06/2021

V. Otra Justicia

El proceso penal no siempre satisface las necesidades de los involucrados. Las víctimas permanecen en sus márgenes pese a la visibilización que el ordenamiento pretende darles. Una vez radicada su denuncia, discurre casi en automático enterándose aquellas al final del recorrido cuánta pena le cupo a quien la vulneró.

El victimario compara su situación con alguna análoga vivida por otro, el que según su parecer tuvo mejor suerte que la que le cupo a él. Se dice a sí mismo que “perdió” pese a que “no le encontraron nada”, mientras ambiciona que el tiempo pase rápido porque los afectos del afuera quizá se cansen de esperarlo.

La llamada Justicia Restaurativa *“propone un cambio de foco.... El centro de la perspectiva retributiva es la culpabilidad y, más en concreto, el de culpable. El modelo restaurativo de justicia va a proponer desplazar la visión desde la culpabilidad hacia la visión del daño. Para el modelo restaurativo lo importante, en primer lugar, es tener claro que cuando se produce un quebranto normativo, hay un daño que alguien ha sufrido (víctima). Ignorar este daño supone, finalmente, menospreciar a la víctima y convertir a la acción sancionadora en un fin en sí mismo.”*²⁵

Como enseña Jean Schmitz²⁶, la Justicia Restaurativa no es la panacea ni sustituye el sistema de enjuiciamiento construido hasta hoy, con impacto en el proceso (sobreseimiento o suspensión del juicio a prueba, por ejemplo), o sin él. No puede aplicarse en todos los casos por cuanto no siempre hay disposición de ánimo de los convocados. Si no hay voluntad de encuentro no puede llevarse a cabo. Nacida en la década del 70 merced al encuentro víctima-ofensor que lleva a cabo un oficial de la libertad vigilada en Canadá, se presenta como una filosofía y unas prácticas que ponen el acento no solo en los involucrados directos sino en todas aquellas personas que de algún modo se han sentido afectadas por el delito para pensar, entre todas y todos, cómo sigue la vida. Mientras que la justicia retributiva pone el acento en el delito y en el castigo, la justicia restaurativa, sin negar el injusto, se focaliza en la responsabilización subjetiva y en la recomposición de la trama social. No puede decirse que haya una práctica íntegramente restaurativa si no hay participación comunitaria.

En relación al abuso sexual, existe experiencia de círculos restaurativos entre víctimas y perpetradores por separados. En cambio, el encuentro entre el ofensor y su víctima se presenta inconveniente o se prohíbe lisa y llanamente. Esto así, dada la asimetría de las fuerzas en juego

²⁵ CALVO SOLER, Raúl, *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, Ned Ediciones, España, 2018, pág. 16

²⁶ <https://fdocuments.ec/document/justicia-para-crecer-n-6.html?page=I>. Consultado en 23/9/2022

y el consiguiente riesgo de victimización secundaria. Ahora, en la justicia juvenil hay situaciones para las que el único modo que se vislumbra, con alguna eficacia para el repliegue del conflicto, es el diálogo facilitado entre los protagonistas. Es el caso, a modo ilustrativo, de adolescentes que consintieron un intercambio erótico sin ponerse de acuerdo sobre su alcance o que pretenden detener unilateralmente una relación sexual iniciada de consuno. La muchacha – ciertamente vulnerable en ese momento- se presenta un rato más tarde ante el estrado como vulnerada por su *partenaire*, quien, por su parte, le espeta el relato de las injurias que viene padeciendo por distintos medios allende la Internet.

VI. Alguna reflexión final

De lo reseñado sucintamente, se desprende cuán importante es que abogadas y abogados pongan a disposición de las víctimas no sólo su escucha atenta sino, además, su asesoramiento conforme las posibilidades ciertas que ofrece el ordenamiento, sin aventar quimeras. Y cuán sustancial es su labor a la hora de dismantelar circuitos de venganza.

En relación a los ofensores, cuánto pueden incentivarlos a reconocerse en los hechos denunciados acordando con el tribunal un lugar y un tiempo previsibles, libres de sobresaltos.

Y con respecto al formato, ¡qué promisorio aparece si lo creamos juntos!

**ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD:
ESTANDARES INTERNACIONALES EN EL DERECHO PENAL DISCIPLINARIO
LIMITES CONVENCIONALES A LAS POTESTADES DISCIPLINARIAS DEL
ESTADO**

Nicolás A. Solomonoff¹

RESUMEN

El ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en su doble faz al determinar condenas a prisión, y, durante el cumplimiento de las mismas en los establecimientos penitenciarios, al aplicar sanciones disciplinarias, debe estar encausado mediante un procedimiento en el cual se vean plasmadas las garantías del derecho de defensa y debido proceso.

En este sentido, la relevancia surge de la determinación de las garantías que efectivamente entrarán en juego dentro de los procesos administrativos disciplinarios penitenciarios destinados a investigar conductas sancionables y la determinación de la sanción que se deba cumplir, lo cual deberá estarse a la aplicación de ciertos principios específicos, que por la similitud de la materia, derivan razonablemente del Derecho Penal.

Estos principios serán de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones disciplinarias penales, de lo que resultan indispensables para que el sancionado tome conocimiento de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo, ante un Tribunal imparcial.

Ningún órgano con potestades sancionadoras podrá aplicar una sanción sin previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción que respete el principio fundamental del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional, y los incorporados por el art. 75 inc. 22, en particular y que hace a la presentación de este trabajo, los determinados por la Convención Americana en su art. 8 inc 1 y 2.

¹ Abogado, título expedido por la Facultad de Derecho de la U.N.R. 2012 - Profesor Adjunto de Derechos Humanos Cat. "A" Facultad de Derecho U.N.R – Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Rosario.

I. Los estándares internacionales de acceso a la justicia y debido proceso en el Sistema Interamericano

En el marco de la protección de los derechos humanos, la Corte IDH ha establecido que necesariamente los recursos previstos en el Art. 25. 1 de la Convención Americana deben vincularse con el respeto a las garantías judiciales establecidas en el Art. 8 de la Convención, como las normas de debido proceso.

El engranaje jurídico que hace al sistema de protección formal y material de los derechos humanos en estos dos artículos mencionados encuentra en la Corte IDH una “sistematización” bajo los estándares respecto de cuáles son sus contenidos, exigencias y alcances de la tutela judicial por los funcionarios encargados de administrar la justicia.

Ambos derechos se constituyen como un pilar fundamental del soporte sobre el cual se peticiona la materialización de todos los derechos reconocidos por las constituciones, ley y la Convención, y que, de otra forma, se tornarían ilusoria la efectiva realización de los mismos sin la debida y adecuada protección judicial exigida por los instrumentos bajo análisis.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en su Opinión Consultiva n° 9 que el art. 8 abarca *"el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"*², siendo aplicable a todo proceso judicial, constituyéndose como *"medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia"*³, quedando así plasmados en forma genérica un conjunto de actos de diversas características reunidos bajo el concepto de debido proceso legal o derecho de defensa procesal, siendo estas las *"condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial."*⁴

Las "garantías mínimas" han de ser implementadas a las materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, encontrándose con mayor especificación de cuales garantías mínimas quedan comprendidas en el numeral 2 del art 8 CADH, el cual en principio refiere a materias penales.

2 Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 27

3 Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1-10-99, párr. 117.

4 Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6-10-87 párr. 28. Caso Genie Lacayo, sent. de 29-1-97, párr. 74; Caso Loayza Tamayo, sent. de 17-9-97, párr. 62.

Sin perjuicio de ello, el concepto de debidas garantías serán aplicables a todo procedimiento de carácter jurisdiccional, conforme al criterio establecido en el "Tribunal Constitucional", donde se expresó lo siguiente: *"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención"*⁵

Por lo tanto, dentro del concepto genérico de "tutela judicial efectiva" se requiere de la aplicación una serie de garantías que se desarrollan en distintos aspectos de la protección jurisdiccional de las personas, y cuya extensión abarca a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos.

II. El debido proceso aplicable a los procesos y procedimientos disciplinarios

De lo expresado anteriormente resulta claro que la defensa en todo juicio es inviolable; *"Ese es un principio que establece un límite de la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse"*.(Gordillo, 2009)⁶

La Convención Americana contiene en su art. 8 las denominadas "garantías judiciales", en el abarca como regla de alcance general; la garantía de toda persona a ser oída por un juez independiente e imparcial cuando sus derechos se encuentren en juego, sean de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, sumado a una serie de garantías específicas, como la presunción de inocencia, derecho a la asistencia letrada, y la doble instancia, entre otras allí consideradas.

5 Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Peru, sentencia del 31 de enero de 2001, parr. 68.

6 GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, FDA, 2009, VI-28

Vale remarcar al respecto que el objetivo del debido proceso legal es que el individuo pueda proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos; “...*el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesal que lo integran*”. (Gordillo, 2009)⁷

El debido proceso delineado por el Sistema Interamericano se encuentra enriquecido a partir de las interpretaciones que la Corte Interamericana ha ido formulando en su doctrina jurisprudencial.

En el citado caso "Tribunal Constitucional", la Corte IDH señaló en tal sentido que: “*De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*”⁸.

En este orden, la Corte IDH reitera este criterio en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú, cuestionando la legitimidad de un procedimiento contra Bronstein por el cual el retiraran la nacionalidad peruana, aplicado por una autoridad administrativa del país; “*Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.*”⁹, agregando que “...*la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.*”¹⁰

7 GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, op. cit., p. VI-28.

8 Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 142, parr. 71.

9 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, parr. 102.

10 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, parr.103.

La precisión de lo argumentado por la Corte Interamericana en este caso determina la necesidad de impetrar a todo proceso administrativo las reglas del debido proceso para asegurarle al inculpado una amplia posibilidad de defensa en su favor.

En definitiva, abarca respecto de la tutela efectiva, la consecuente extensión de las reglas del debido proceso legal al proceso administrativo disciplinar, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que impregna nuestro sistema jurídico a través de la obligación de realizar un control de convencionalidad como mandato a las autoridades estatales, y no limitada exclusivamente a los jueces, so comprende que la normativa tanto de forma como de fondo por la cual se aplique cualquier sanción disciplinaria, y en particular las sanciones a un Profesional, debe ser interpretada a la luz de dichos criterios.

Estos términos en cuanto a criterios legales que deban aplicarse a todo procedimiento disciplinario han sido resaltados por la Corte IDH; el respeto del debido proceso legal no sólo es exigible en un proceso judicial propiamente dicho, sino que éste debe ser respetado por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.

III. Operatividad del art. 8 inc. 2 de la Convención Americana a los procesos disciplinarios

Establecido el criterio de aplicación de debido proceso, resulta ineludible tanto en materia penal como en la disciplinar, la existencia de un juicio previo, siendo este un *“inevitable camino a recorrer para arribar a la imposición de una condena, final de un proceso legal y regular, sustanciado conforme a los Códigos. Estas exigencias se cumplen en la medida en que se respete la garantía que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio, cumpliéndose con la secuencia de acusación, defensa, prueba, alegación sobre su mérito y sentencia suficientemente motivada”*.(D’Albora, 1997) ¹¹

Por lo tanto, reitero que la aplicación de una sanción disciplinaria se sujeta a que se sustancie un procedimiento administrativo destinado a investigar y analizar la conducta reprochada, bajo las garantías del derecho de defensa que surgen del derecho al debido proceso adjetivo, como presupuestos que conforman la exigencia de la validez constitucional, teniendo en consideración la Convención Americana incorporada en el Art. 75 inc. 22 CN.

Habiendo definido la función del debido proceso dentro del marco de aplicación de una sanción disciplinaria, resta formular que derechos específicos se encuentran comprendidos

¹¹ D’ALBORA, Francisco J., Proceso Penal (en general), Buenos Aires, LexisNexis – AbeledoPerrot, 1997.

dentro de dicho principio. A los fines de precisar los mismos, del análisis que ha sido desarrollado por la Corte IDH respecto al artículo 8.1 de la Convención, nos encontramos con la Opinión Consultiva N° 11, sostiene:

*“En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.”*¹²

La operatividad del inciso 2 del art 8 de la Convención a un procedimiento no es estrictamente judicial, criterio que se adoptó en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú: *“Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.”*¹³

Mismo criterio de interpretación ha sido sostenido en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, donde la Corte IDH ha dicho que:

*“La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.”*¹⁴

En este mismo caso, formulo una específica referencia al procedimiento disciplinario que dio lugar a la remoción de trabajadores públicos, y con claridad determino la relación entre el ordenamiento jurídico penal y disciplinar, siendo que comparten la misma “naturaleza”:

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A No. 11, párr. 28.

¹³ Corte IDH. Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 142, párr. 70.

¹⁴ Corte IDJ. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 125.

“...las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita...”¹⁵

IV. Límites convencionales a la discrecionalidad administrativa disciplinar

La discrecionalidad en la determinación y aplicación de sanciones disciplinarias no puede encontrarse, como en otras cuestiones administrativas, incondicionada jurídicamente, pues si bien las potestades surgen del ordenamiento jurídico, al mismo tiempo se encuentran limitadas por éste. En esta idea ya hemos precisado conforma al ordenamiento jurídico interno el orden internacional, en este caso de referencia, lo dispuesto por el Sistema Interamericano como límite infranqueable de la discrecionalidad punitiva del Estado en todos sus aspectos.

Considero que las limitaciones convencionales a la discrecionalidad administrativa, surgidas de la jurisprudencia de la Corte IDH, han ido sosteniendo que la discrecionalidad debe tener siempre como límite la arbitrariedad del Estado y el deber de motivación suficiente. Esta última integra el debido proceso legal receptado en el art. 8.1 de la Convención y repercute también en la garantía de “recurso efectivo” de su art. 25, la cual resulta de aplicación tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos.

En *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, se fundamentó que *“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos... la actuación de la Administración se encuentra regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados... no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.”¹⁶*

La discrecionalidad no puede de manera alguna constituir un justificativo de la conducta arbitraria del poder punitivo administrativo, puesto que es, precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, lo que otorga validez a los actos de los órganos estatales y que

¹⁵ Corte IDJ. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 106.

¹⁶ Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr.126.

permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia. Esta regla debe conformar necesariamente el deber de motivación suficiente y adecuada.¹⁷

Así, la discrecionalidad en estos términos no es una potestad sin límites ni controles, sino por el contrario, supone dar explicaciones suficientemente adecuadas, explicar la causa de la misma, la finalidad de determinada decisión, por qué se adoptó una y no otra, por qué se aplicó una sanción y justificar su proporcionalidad con la conducta reprochada. Por ello, la motivación del acto administrativo es el elemento más determinante en la validez del ejercicio de las facultades sancionadoras.

V. Conclusiones

El derecho a la tutela efectiva en el ámbito disciplinario penal abarca un cumulo de principios, que principalmente emanan del debido proceso en los términos propuestos por el Art. 8 de la Convención Americana y bajo las interpretaciones elaboradas por la corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas reglas interpretación son de aplicación directa y necesaria en cuanto resguardan en el ámbito administrativo disciplinar un adecuado derecho de defensa, la tramitación de un procedimiento justo e idóneo en términos convencionales, y la obligación estatal de asegurar una decisión son suficiente motivación, otorgando certeza y precisión de que se juzga y como se juzga al valorar la conducta que se pretenda reprochar.

Por lo tanto, las sanciones disciplinarias deben tipificarse con un respeto adecuado a los estándares fijados por la Corte IDH en el tema, surgiendo la necesidad, en el marco de la defensa técnica de una persona privada de libertad que resulte sancionada por una conducta que no está tipificada adecuadamente, de solicitar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la normativa aplicada, por resultar contraria al derecho previsto en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los Estados están obligados a adecuar la normativa penitencial y sus sistemas de ejecución penal a los estándares precitados y evitar, de esa manera, la declaración de responsabilidad internacional ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En conclusión, *“El derecho de defensa es una de las garantías fundamentales del proceso penal en un Estado de Derecho y sería absurdo suprimirlo o restringirlo precisamente*

¹⁷ Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

en la etapa procesal donde la coacción estatal se manifiesta de manera más violenta” (SALT, 1999).¹⁸

¹⁸ SALT, Marcos, Los derechos de los reclusos en Argentina, en Rivera Beiras/Salt —Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina, pág. 208, Ed. del Puerto, Bs. As., 1999.

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: DEL FORO DE NECESIDAD AL CASO NAÏT LITMAN

Guillermo Ferrer¹

RESUMEN

Tras el establecimiento del Estado moderno en el siglo XVI es posible comenzar a entablar una noción sobre la existencia del Derecho Internacional Privado. No obstante ello, en esta primera etapa el mismo estaba limitado a casos en que las partes eran miembros de las clases sociales más privilegiadas. La razón de esto es sencilla, solamente unos pocos establecían relaciones jurídicas de naturaleza privada e internacional con entidad suficiente para ser analizadas por un tribunal.

La segunda mitad del siglo pasado está caracterizada por la irrupción de los Derechos Humanos y el desarrollo de la globalización. Estos fenómenos han producido un cambio de paradigma en el Derecho Internacional Privado, donde se ha visto una explosión cuantitativa en los litigios internacionales. De esta manera, el derecho de acceso a la Justicia -entendido como aquel que le permite a una persona acudir a un tribunal independiente e imparcial, ser oído, presentar y producir prueba y obtener una sentencia fundada en un tiempo razonable- se erige como uno de los pilares fundamentales de este nuevo arquetipo.

Sin embargo, el paradigmático caso Naït Litman pone de manifiesto los profundos desafíos pendientes en el campo de los litigios transnacionales. De esta manera resulta indispensable analizar brevemente el alcance del derecho de acceso a la Justicia, la noción de foro de necesidad y si es posible concebir la idea de una jurisdicción civil universal.

Palabras clave: Acceso a la Justicia – Jurisdicción – Foro de Necesidad

I. Introducción

Werner Goldschmidt, el gran maestro del Derecho Internacional Privado del siglo XX², definió a esta área del Derecho como “*el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos*

¹Abogado (UNR, 2020); Diplomado en Contratos y Litigios Judiciales Internacionales (Universidad Austral, 2021); Aspirante a Adscripto, Cátedra “A” Derecho Internacional Privado (UNR).

*extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero”.*³

Como ciencia, la referida rama del Derecho tiene su objeto de estudio el cual -conforme la denominada “teoría tripartita integral”- es la determinación de la Ley aplicable, la jurisdicción internacional y el fenómeno de la cooperación interjurisdiccional.⁴ Actualmente, todo esto se da en el marco de la globalización, de los procesos de integración económico-políticos regionales y las nuevas tecnologías, generando -en consecuencia- que las relaciones jurídicas propias del Derecho privado transfronterizo hayan sufrido una expansión significativa, que se instrumentaliza tanto en relaciones de índole personal-familiar, en los contratos y/o en litigios.

A su vez, el Derecho Internacional Privado no es un fenómeno que se desarrolle de manera aislada, sino que *“se articula y se concierta con el Derecho Internacional Público y con los DDHH”.*⁵ Incluso, y pese a la histórica diferenciación entre la normativa rectora de las relaciones jurídicas internacionales -que hasta parecieran concebirse como mutuamente excluyentes-, autores de la talla de Fernández Arroyo manifiestan que tales líneas divisorias *“ya no existen y quizás nunca reflejaron la realidad”.*⁶ Bajo esta tesitura, las referencias hechas a tales ordenamientos deben implicar dar cuenta de algo *“parte de un sistema jurídico más amplio que se ocupa de la regulación de las relaciones internacionales en general”.*⁷

Asimismo, *“existe un sustrato ético y axiológico de fuente internacional, dado, fundamentalmente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas que revisten el carácter de ius cogens que los Estados no pueden desconocer ni tampoco dejar de aplicar”.*⁸ Como consecuencia de esto, es imposible concebir al Derecho Internacional Privado

2 SCOTTI, Luciana. “Werner Goldschmidt: el gran Maestro del Derecho Internacional Privado del Siglo XX” en ORTIZ, TULIO y SCOTTI, Luciana (coord.) La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, hacia su Bicentenario, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 59.

3 GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 7ma edición, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 3.

4 SOTO, Alfredo Mario. Temas estructurales de Derecho Internacional Privado. 4ta edición, Estudio, Buenos Aires, 2019 págs. 30-31.

5 DREYZIN DE KLOR, Adriana. Derecho Internacional Privado, DDHH y Activismo Judicial, en Agenda Internacional, Volumen 19 N° 30, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pág. 127.

6 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., MBENGUE, Makane Moïse. “Public and Private International Law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction” en Columbia Journal of Transnational Law, Volumen 56, N° 4, Estados Unidos, 2018, pág. 801. Traducción libre.

7 Ibidem, pág. 802. Traducción libre.

8 GASOL VARELA, Claudia. “La teoría de las fuentes en el Derechos Internacional Actual. Debate acerca del neoconstitucionalismo y la internalización del Derecho Constitucional. La cuestión en el ordenamiento jurídico argentino” en SABIA DE BARBERÍS, Gladys et al. Aspectos actuales de las fuentes del Derecho Internacional, 1era edición, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022, pág. 11.

del siglo XXI sin la influencia y la interacción con el Derecho Internacional Público y los Derechos Humanos.

El propósito del presente artículo es ver uno de los supuestos de dicho diálogo. En concreto, el rol del derecho de acceso a la Justicia en una situación muy particular: las demandas civiles cuya pretensión es la reparación de un daño sufrido tras una violación a los Derechos Humanos. A estos fines, se desarrollarán tres capítulos: el primero dará cuenta de la posibilidad de acudir a la jurisdicción internacional (I) y a renglón seguido, una mención a un precedente paradigmático que se ha dado en el seno del Tribunal Europeo de DDHH, el caso *Naït Litman vs Suiza* (II). Finalmente, y de manera sumamente breve, se expondrán algunas reflexiones (III).

II. Derecho de acceso a la Justicia y la jurisdicción internacional

Como se hizo alusión anteriormente, el nuevo paradigma del Derecho Internacional Privado importa que haya dejado de ser accesible solamente para las *elites* sociales⁹ o para las grandes compañías multinacionales, sino que se ha vuelto parte del día a día. De hecho, el mundo contemporáneo -fundamentalmente apalancado por internet- da cuenta de la internacionalización de la vida cotidiana y, por tanto, la posibilidad de que surjan conflictos es directamente proporcional. En esta línea argumentativa se enrola la doctrina indicando que *“la situación ha cambiado totalmente con el verdadero desarrollo de las relaciones privadas internacionales a lo largo del siglo XX, hasta colocar hoy en primer plano las cuestiones vinculadas con la administración de las jurisdicciones de los Estados y de la justicia internacional de derecho privado”*.¹⁰

Así las cosas, es dable entender que la problemática del acceso a la jurisdicción internacional sea un tema que revista vital importancia y actualidad. A los fines de aportar claridad terminológica, el concepto bajo análisis implica la distribución de los casos iusprivatistas internacionales entre distintos Estados, siendo sus notas tipificantes la concurrencia o multiplicidad de foros, la exigencia de razonabilidad -que exista un vínculo lo suficientemente relevante para el Derecho entre el caso y el juzgador- y el respeto irrestricto por el derecho de acceso a la Justicia.¹¹

⁹ Basta con observar que los principales problemas de la parte general de esta rama del Derecho encuentran su origen en precedentes jurisprudenciales en donde las partes eran, por ejemplo, miembros de la nobleza (vgr: con relación al fraude a la ley el denominado “caso de la Princesa de Bauffremont”).

¹⁰ AUDIT, Bernard. ‘Le Droit International Privé En Quête D’universalité. Cours Général’ en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volumen 305, Brill, Países Bajos, 2001, pág. 478.

¹¹ FÉRNANDEZ ARROYO, Diego. “Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional

Es en relación con la última característica aludida donde se observa esa incuestionable relación entre el Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanos. Hablar del derecho de acceso a la Justicia “*es la posibilidad que debe tener toda persona física o jurídica de acudir a discutir su problema –ya sea como actor o demandado- ante un Tribunal independiente, imparcial, la posibilidad de ser oído, producir prueba, y obtener una sentencia fundada y justa en un plazo razonable y que el fallo pueda ser efectivamente cumplido*”.¹² Se trata de un concepto sumamente amplio y que no debe limitarse simplemente a la esfera de los litigios de naturaleza penal sino que es extensible a todo tipo de procesos, incluidos los iusprivatistas internacionales.

En el marco de la interrelación entre las normas rectoras (que a su vez captan) de las relaciones jurídicas internacionales entre sujetos de diversa naturaleza, se ha mencionado con suma claridad que la referida prerrogativa es “*el medio para las víctimas de un daño para obtener su reparación*”.¹³ En este sentido, no es simplemente simbólica o una postulación teórica recogida en algún Tratado o Constitución, sino una verdadera obligación no solo de un Estado, de la Comunidad Internacional en virtud de la solidaridad y la cooperación.¹⁴

Se advierte que acceso a la Justicia en los casos de Derecho Internacional Privado puede entrar en estado de crisis toda vez que choca con los demás elementos que erigen el sistema - más o menos armónico- de la jurisdicción iusprivatista internacional. En particular, esta tensión se dará con la proximidad o vínculo entre el caso y el foro. Ante esto, y para evitar la denominada denegación de Justicia, se desarrolla el instituto del foro de necesidad. De esta manera se trata de un “*remedio basado en el derecho de acceso a la justicia que permite otorgar jurisdicción internacional a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en el supuesto concreto, con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional*”.¹⁵

El aludido foro se encuentra receptado en el ámbito interamericano de manera superficial en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre “Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras” (CIDIP III, La Paz

en vistas de su reglamentación interamericana” en COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. XXXIII Curso de Derecho Internacional. *El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*, OEA, Washington DC, 2007, págs. 295;298. En el mismo sentido, SOTO, Alfredo Mario. *Op. cit.*, pág. 57.

¹² VESCOVI, Eduardo. *El acceso a la Justicia como principio fundamental del proceso, con especial referencia a los litigios internacionales en América*. Biblioteca CEDEP, Uruguay, 2015, pág. 4.

¹³ BUCHER, Andreas. ‘La Compétence Universelle Civile’ en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volumen 372, Brill, Países Bajos, 2015, pág. 77. Traducción libre.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 78. Traducción libre..

¹⁵ SCOTTI, Luciana. “El acceso a la justicia en el Derecho Internacional Privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Volumen 3, N° 6, Buenos Aires, 2016, pág. 32

1984). A su vez, en el ámbito de la fuente interna del Derecho Internacional Privado argentino se consagra en el artículo 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación. Conforme tal normativa, sus requisitos son: a) que no sea razonable iniciar la demanda en el extranjero; b) que la situación privada tenga contacto suficiente con la Argentina; c) se garantice el derecho de defensa en juicio y; d) se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz. Asimismo, la referida norma da cuenta de su característica estrictamente excepcional. Es decir que no se habilitará la jurisdicción en cualquier caso, sino que otorgar competencia judicial internacional a jueces que en principio carecen de ella para evitar supuestos de denegación de justicia pero siempre y cuando haya una vinculación con Argentina. De esta manera, debe tenerse bien en claro que se trata de un supuesto excepcional ya que de lo contrario se estaría ante un foro exorbitante.

Asimismo, se reconoce que el derecho de acceso a la Justicia -en particular a la jurisdicción internacional- no es una prerrogativa absoluta toda vez que se le reconoce a los Estados su potestad (por cierto legítima¹⁶) de poder restringirla ya sea por razones institucionales (el abarrotamiento de los tribunales conlleva a la mala administración del servicio de Justicia y por tanto a su vez se ve afectada la posibilidad de obtener una solución al caso presentado, por ejemplo, en un plazo razonable) o jurídicos (evitar el *forum shopping*). En este orden de ideas, y pese a los postulados presentados *infra*, es dable entender que “*la idea de una competencia universal para todas las relaciones de DIPr no se corresponde ni con la realidad ni con las necesidades de la vida contemporánea*”.¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la situación no sería tan cristalina en casos en que el foro de necesidad no esté reconocido o bien que su correcta aplicación restrictiva también lleve a la denegación de Justicia. Así pues, autores como Andreas Bucher plantean la necesidad de concebir una “jurisdicción civil universal”.¹⁸ En este sentido, y especialmente en los casos en que se interponen demandas en el fuero civil ante violaciones de Derechos Humanos producidas en otro país, el anterior concepto da cuenta de la obligación *erga omnes* de los Estados y por tanto debe erigirse un foro de *última ratio* que evite a toda costa que un damnificado no pueda presentar su caso ni obtener una respuesta por parte de un órgano con competencia jurisdiccional. A estos fines, se propone que la noción sobre “contacto o vínculo

¹⁶ ALBORNOZ, María Mercedes. “Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales” en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 5 N °9, Paraguay, 2017, pág. 179.

¹⁷ FÉRNANDEZ ARROYO, Diego. *Op. cit.*, pág. 298.

¹⁸ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, pág. 105. Traducción libre.

relevante” se flexibilice en la medida que esto no cause, en definitiva, un detrimento irreparable para los intereses legítimos de las víctimas.¹⁹

Todo lo anteriormente explicado fue objeto de debate en un caso que tuvo un largo derrotero procesal que culminó, luego de 25 años de generados los hechos que lo motivaron, con una sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tal precedente será expuesto a renglón seguido.

III. El caso Naït Litman vs Suiza

Hacia el año 1992, el señor Abdennacer Naït Litman -de nacionalidad tunecina- fue detenido en Italia y entregado a las autoridades de su país de origen. Durante un mes fue torturado en las instalaciones del Ministerio del Interior de dicho Estado del norte de África bajo las órdenes del titular de esa cartera, el señor A.K. Oportunamente, Naït Litman consiguió escapar, asentándose en Suiza en 1993 y obteniendo el carácter de asilado dos años más tarde.

En 2001 tomó conocimiento que A.K. se encontraba hospitalizado en Ginebra, por lo que intentó iniciar un proceso penal contra su captor y torturador. No obstante ello, al momento de la interposición de la denuncia, la antigua autoridad tunecina ya había dejado el territorio helvético. Tres años más tarde, Naït Litman promovió una demanda en los Tribunales de Justicia del Cantón de Ginebra contra Túnez y contra A.K., pretendiendo la reparación por los daños sufridos durante su cautiverio y producto de las torturas sufridas.

A los fines de justificar la competencia de los tribunales suizos, el demandante se valió del artículo 3 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de tal país del año 1987. Tal normativa consagraba al instituto del foro de necesidad en los siguientes términos: “[c]uando esta ley no otorga jurisdicción a las autoridades suizas y resulta imposible o no se puede exigir razonablemente que el caso tramite en un país extranjero, serán competentes las autoridades judiciales o administrativas suizas del lugar con el cual el caso tenga una conexión suficiente”.²⁰ La demanda fue desestimada por el Tribunal arguyendo que carecía de competencia toda vez que el caso no guardaba contacto suficiente con Suiza y por tanto no se configuraba el supuesto requerido para que se constituyera el foro de necesidad.

La apelación no fue concedida nuevamente bajo el argumento de la incompetencia, aunque en esa oportunidad el *quid* del análisis del Tribunal de alzada se centró en la existencia de inmunidad de jurisdicción a favor de los demandados debido a que los actos de tortura habían sido realizados en el ejercicio de autoridad soberana (actos *iure imperii*). Naït Litman

¹⁹ Ibídem, págs. 78; 105. Traducción libre.

²⁰ Traducción libre.

acudió entonces al Tribunal Federal Supremo, la máxima autoridad judicial del país. Nuevamente la pretensión del actor fue rechazada ya que, a lo ojos del Tribunal, no había contacto suficiente con Suiza al momento de las torturas: los demandados estaban domiciliados en Túnez, el demandante residía en Italia y los hechos ocurrieron en el país africano. El hecho de que Naït Litman luego hubiera obtenido el asilo o incluso posteriormente la nacionalidad helvética no debían ser tomados en cuenta.²¹

El ya para entonces ciudadano suizo acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmando que en su caso el Estado europeo había violado el primer inciso del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que en el marco del derecho a un proceso equitativo su causa no había sido oída. Es decir, había una afección al derecho de acceso a la Justicia ante la negativa de los tribunales helvéticos de constituirse en un foro de necesidad. Nuevamente para el pesar de Naït Litman, su pedido no llegó a buen puerto ya que, mediante sentencia del 21 de junio del 2016, el denominado “Tribunal de Estrasburgo” resolvió que los jueces suizos no habían producido una afección a su derecho de poder acceder a la jurisdicción. Sin perjuicio de ello, la causa fue remitida para su estudio -y decisión definitiva- a la Gran Sala del referido Tribunal.

Así las cosas, el 15 de marzo de 2018 se puso punto final a este polémico caso. En su sentencia la Gran Sala confirmó las decisiones de todos los juzgadores que habían actuado con anterioridad. La decisión parte por dejar en claro que los Estados tienen legitimidad para restringir el acceso a su jurisdicción internacional siempre y cuando esta observe un fin legítimo y exista una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar.²²

Bajo esta línea argumentativa los jueces de la Gran Sala entendieron que existían varios fines legítimos que justificaban la reticencia de sus pares suizos a declararse competentes. Estos se fundamentaron sobre la base de la correcta administración de Justicia y la efectividad de las decisiones judiciales.²³ El primero de ellos se basó en la eventual dificultad que tendría una hipotética sentencia para hacerse valer en Túnez habida cuenta de la enorme implicancia política del caso.²⁴ El segundo lo hizo en el legítimo interés del Estado en impedir el *forum shopping* para evitar que sus tribunales se vean saturados y por ende no puedan brindar un buen servicio de Justicia conforme sus compromisos constitucionales y convencionales.²⁵

²¹ Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Naït Litman vs Suiza”, 15/03/2018, pág. 6, §30.

²² *Ibidem*, págs. 35;36, §§ 112-116.

²³ *Ibidem*, pág. 38, § 122.

²⁴ *Ibidem*, pág. 38 § 124.

²⁵ *Ibidem*, pág. 38 §§ 125-126.

Finalmente, se tomaron en consideración las potenciales dificultades diplomáticas a las que podría enfrentarse Suiza -como cualquier otro Estado- si se admitiese que sus tribunales son competentes para entender en casos de suma delicadeza político-institucional como son las violaciones de Derechos Humanos perpetradas por funcionarios de otro Estado soberano,²⁶ argumento no exento de crítica ya que no se trata de uno basado en Derecho.

Por otro lado, en cuanto al requisito de la proporcionalidad el Tribunal manifestó que conforme el estado de situación del Derecho Internacional al momento de dictar la sentencia no es posible hablar de jurisdicción civil universal, por lo que Suiza carecía de dicha obligación y por tanto las múltiples declaraciones de incompetencia fundadas en el artículo 3 de la referida ley de Derecho Internacional Privado fueron conformes al margen de discrecionalidad previsto para limitar los derechos emergentes del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁷

IV. Reflexiones finales

A lo largo del presente artículo se ha hecho alusión reiteradas veces a la interacción de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional en su conjunto. En particular, en los casos iusprivatistas con elementos extranjeros el acceso a la jurisdicción internacional se entrelaza de manera indisociable con el derecho de acceso a la Justicia. Ante esto, los reguladores, ya sean los Estados aisladamente para su fuente interna o en conjunto diseñando Tratados y Convenciones, se encuentran obligados a manejar las tensiones que inevitablemente surgen entre el requisito de proximidad que debe presentar el caso y el foro elegido (razonabilidad), con la posibilidad de que las personas se queden sin un espacio para poder presentar sus reclamaciones.

Para evitar la denegación de Justicia es que se diseñó el foro de necesidad, pero este no debe ser utilizado abusivamente. Al contrario, su correcta aplicabilidad importa que deba darse en casos excepcionales, donde efectivamente sea inevitable la satisfacción de la prerrogativa a la que se ha hecho referencia en múltiples ocasiones. Sólo así un Estado puede satisfacer su obligación de proveer un sistema de resolución de controversias útil y eficiente tanto para los casos nacionales como los internacionales.

Concebir que los tribunales de un Estado deban arrogarse el conocimiento de cualquier caso de entidad internacional sin que éste tenga “contacto suficiente” con el mismo, por razones de cooperación y solidaridad no pareciera ser la mejor solución ante la problemática de la falta de acceso a Justicia. Al contrario, es posible que genere abarrotamiento de sus órganos

²⁶ *Ibídem*, pág. 38 § 127.

²⁷ *Ibídem*, págs. 51;52;55, §§ 181; 187; 190; 198.

judiciales perjudicando al resto de la sociedad y que incluso la decisión que ponga fin a la controversia no pueda ser jamás ejecutada, constituyendo de esa manera una reparación (si acaso llega a serlo) meramente simbólica. En el caso Naït Litman se promovió la salvaguarda del sistema de la jurisdicción internacional frente a una injusticia manifiesta, ya que los culpables de su tortura jamás pagarán por ella.

La falta de previsión ante estos casos tan dramáticos por parte del Derecho Internacional, tanto convencional como consuetudinario, deberán ser tomados en cuenta a la hora de diseñar nuevas fuentes. De esta manera, será verdaderamente posible concebir un sistema jurídico transnacional basado en la tolerancia y la dignidad humana.

SENTENCIA ANTICIPADA EN EL PROCESO DE DAÑOS

Diego Alejandro Lo Giudice¹

RESUMEN

Como regla general, se requiere que un juicio transite todas sus etapas para garantizar el debido proceso. Con ello se pretende arribar a una solución justa, producto de un contradictorio en el cual se les permita a las partes exponer sus argumentos y confirmarlos en forma adecuada. Lógicamente, este trámite no es inmediato, sino que insume un tiempo hasta su finalización.

Sin embargo, no todos los casos son idénticos. En ciertas ocasiones, la justicia no admite demoras y la espera hasta el dictado de la sentencia definitiva puede producir daños irreparables.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el tema en los fallos “Camacho Acosta” y “Pardo”, en los cuales se reconoció la posibilidad de otorgar a las víctimas una parte de la pretensión de fondo de forma previa a la resolución final. No se hizo tanto hincapié en las vías procesales utilizadas, sino en asegurar la tutela efectiva del damnificado para evitar mayores daños.

Nos parece que lo importante es determinar en qué casos puede adelantarse total o parcialmente el resultado final del pleito, con qué alcances y cuándo ello vulnera el debido proceso.

Palabras clave: Acción preventiva – Sentencia anticipada – Debido proceso

I. La acción preventiva

El Código Civil y Comercial la regula en varias normas: a) el artículo 1712 contempla la legitimación activa; b) en el artículo 1710 —además de establecerse el deber general de prevenir— se encuentra prevista la legitimación pasiva; c) el artículo 1711, bajo la

¹ Presidente del Instituto de Derecho de Daños del Colegio de Abogados de Rosario, Maestrando en Maestría en Derecho Privado, con tesis final presentada (UNR), Doctorando en Doctorado en Derecho y Cs. Sociales, con plan de tesis (UCA), Profesor de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños (UNR - UCA).

denominación “acción preventiva”, prevé los presupuestos de procedencia; y d) el artículo 1713 está dirigido a calibrar la actuación del juez y las medidas que puede adoptar, incluso de oficio.

Debe tenerse en cuenta que, si bien la noción de “acción” se relaciona con el derecho procesal, aquí se trata de una cuestión de fondo²: como hemos señalado, se contempla la legitimación —que no se enfoca en su capacidad para estar en juicio, sino en los sujetos del deber— y los presupuestos para exigir la prevención.

Es importante recordar que esta terminología fue utilizada históricamente por el derecho civil para referirse a aquellas vías que otorgaba para poder reclamar (por ejemplo, acción de simulación, subrogatoria, resarcitoria, etc.) y todavía es habitual su uso. Sin embargo, lo cierto es que ella surgió en el derecho romano antes de la existencia misma del derecho procesal y contenía tanto aspectos de fondo como formales; se refería a los requisitos sustanciales y también se relacionaba con perseguir lo debido en juicio³.

En la actualidad, implica la posibilidad de presentarse ante los jueces para pedir la satisfacción de una pretensión⁴, sin importar si esta última es fundada o no. Por este motivo, se sostiene que los arts. 1711 y ss. del CCCN en realidad regulan una “pretensión”⁵: se trata de la afirmación que realiza un sujeto de merecer tutela jurídica⁶.

Sin perjuicio de esta distinción —con la que coincidimos—, trataremos el tema adoptando una u otra denominación en forma indistinta debido a que no conlleva una confusión de términos con relevancia práctica y tampoco es arbitraria, sino que responde a una tradición proveniente del derecho romano que se mantuvo hasta nuestros días.

² En sentido contrario, se sostuvo que se prevé imperfectamente un “proceso preventivo de daños” en los arts. 1711 a 1713 CCCN, invadiendo con exorbitancia las competencias provinciales o locales para dictar normas de procedimiento (voto del Dr. Vargas en el fallo de la CCC Santa Fe, sala I, 28/4/2016, “Paoletti, Juan C. y otros c/ Baravalle, Andrea P. y otros s/ Medida autosatisfactiva”, MJ-JU-M-98257-AR).

³ ROJAS, Jorge A., “La tutela anticipada en Argentina y Brasil”, Revista Española de Derecho Procesal Justicia, Año 2015, N° 2, Editorial Bosch Editor, España, disponible en <https://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2021/09/La-tutela-anticipada-en-Argentina-y-Brasil.pdf> [29/9/2022].

⁴ Se la ha definido como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 57).

⁵ MEROL, Andrea A., “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2016 (abril), 70; CAMPS, Carlos, “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2015 (agosto), 3; GALDÓS, Jorge M., “La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley 7/4/2020, 1; Conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata en 2017.

⁶ En palabras de Couture: “La pretensión (*Anspruch, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (COUTURE, op. cit., pág. 72). Se ha sostenido también que “es la declaración de voluntad hecha en una *demand*a (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita —después de un proceso— una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1992, 1ª. parte, pág. 99).

En definitiva, según Peyrano la acción preventiva puede ser definida como “...aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños, patrimoniales o morales, potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genere el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”⁷.

II. Los procesos urgentes

En el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe —al igual que en muchos otros del país— no existe un proceso concreto para seguir la acción preventiva prevista en el art. 1711 y ss. del CCCN⁸. Por esta razón, según lo previsto en el primer párrafo del art. 387 del CPCCSF debería tramitarse por un juicio ordinario (la misma solución prevé el art. 319, 1er. párrafo del CPCCN)⁹.

El problema es que habitualmente estos casos son urgentes y el proceso es muy extenso.

Un modo tradicional de instrumentar estas acciones es mediante la aplicación de medidas cautelares accesorias al juicio principal. Sin embargo, ellas fueron diseñadas para proteger la indemnidad del patrimonio del deudor y no están enfocadas en la posible víctima de un daño¹⁰, aunque se han adaptado adecuadamente a las nuevas circunstancias (como, por ejemplo, con la posibilidad de dictar medidas innovativas). Lo cierto es que pueden resultar ineficientes si se miran desde el punto de vista tradicional.

El tiempo es fundamental¹¹: si se pretende que la tutela preventiva sea realmente efectiva, deben arbitrarse los medios para que el sujeto obtenga justicia rápidamente. Ya no

⁷ PEYRANO, Jorge W., *La acción preventiva*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pág. 36.

⁸ El Proyecto de Código Procesal de Santa Fe (Mensaje 4704 PE del 11/07/2018) en su art. 387 dispone: “La acción preventiva prevista en el art. 1711 del Código Civil y Comercial se sustanciará por el procedimiento ordinario o sumarísimo, según fueran las circunstancias del caso valoradas por el juez”. El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Cruz reguló la cuestión en sus artículos 472 a 475, mientras que el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza lo hizo en el artículo 3.

⁹ En este sentido se expide MEROI, op. cit. Además sostuvo: “Aunque más no sea por una asociación inmediata, la denominación ‘acción preventiva’ desemboca frecuente e incorrectamente en la idea de un ‘procedimiento’ que, ahora, se quiere específico y propio. Cuando muchos autores y jueces repiten ‘acción preventiva autónoma’ parecen querer significar que ‘tramita por una vía autónoma’, en el sentido de ‘específica’, ‘propia’. A contar de ese equívoco, el procedimiento puede terminar en cualquier lado o en cualquier cosa”. (MEROI, Andrea A., “Encandilados por el fondo y extraviados de la forma. Notas sobre el trámite de una pretensión preventiva”, RCCyC 2020 [junio], 44).

¹⁰ Con la salvedad de la protección de persona de los arts. 291 y ss. CPCCSF.

¹¹ PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – EUGUREN, María C. (coord.), *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 14, con cita de Euguren.

alcanza con garantizar el acceso a la justicia y que la sentencia sea sentencia razonable y fundada, sino que, además, ella debe ser dictada en un plazo que no la torne inútil¹².

Por otra parte, si bien nuestro sistema procesal no cuenta con las herramientas necesarias, los jueces han adaptado las que ya existen para la protección de las personas.

Como principio general, la Corte sostuvo que el cumplimiento de los ritos no es caprichoso, sino que busca la verdad objetiva¹³; de allí que las formas no valen por sí mismas, sino por el propósito para la cual fueron creadas¹⁴. En este marco, cobra especial relevancia el carácter instrumental del proceso, que tiene como finalidad hacer efectivo aquello que es prometido por el derecho de fondo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó una posición coherente con estos postulados en el caso “Pardo”, al sostener lo siguiente: “Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor ‘eficacia’ de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de tutela anticipatoria se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía”¹⁵.

III. Vías procesales para instrumentar los procesos urgentes

A continuación realizaremos un repaso de las distintas posibilidades que se presentan para tramitar los juicios urgentes:

i) Según los ordenamientos procesales, el procedimiento ordinario parecería ser la regla general¹⁶.

ii) Zavala de González postulaba la procedencia del juicio sumario previsto en el artículo 2618 del Código Civil derogado para las inmisiones materiales¹⁷. En un fallo se tomó

¹² AYERZA, Soledad - PEYRANO, Marcos, “Dimensiones del principio de tutela judicial efectiva y su proyección como acción preventiva”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) y BARBERIO, Sergio J. - GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (coords.), *Principios procesales*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011, t. I, pág. 263.

¹³ CSJN, 18/9/1957, “Colalillo, Domingo c/ Cia. de Seguros España y Río de la Plata”, Fallos: 238:550.

¹⁴ ALVARADO VELLOSO, ob. cit., pág. 291/292.

¹⁵ CSJN, 6/12/2011, “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ Artículo 250 del Código Procesal Civil”, LL Online AR/JUR/67171/2013.

¹⁶ MEROI, en obras citadas.

¹⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. IV “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, pág. 444.

la misma postura, fundamentando la decisión en la necesidad de armonizar la celeridad requerida con el tiempo necesario para llevar a cabo cierta prueba¹⁸.

iii) En cambio, para Peyrano el trámite sumarísimo podría ser una vía adecuada mientras no se regule un proceso propio¹⁹.

iv) La solución debe analizarse en el caso concreto, aunque —como regla general y salvo urgencia apremiante— nos parece que lo aconsejable sería tramitarla por medio de un proceso sumarísimo.

Descartamos, en principio, la utilización de un juicio ordinario debido a que no siempre existe una situación tan extrema, pero la posibilidad de que se produzca un daño ya es motivo suficiente para descartarlo. Como excepción, podría utilizarse cuando sea necesaria una notoria amplitud en la prueba.

Sería ideal diseñar un nuevo tipo de procedimiento cognitivo más ajustado a las singularidades de esta acción²⁰, sumado a otros urgentes (como la medida autosatisfactiva) o herramientas útiles para lograr la prevención (como la medida innovativa o la tutela anticipada).

a) Medidas cautelares: Es la herramienta más utilizada para la interposición de las pretensiones preventivas.

En ocasiones no se puede esperar hasta la sentencia final, porque pueden generarse daños. Aquí se vuelve indispensable asegurar la indemnidad de quien acciona hasta la finalización del juicio.

Muchas veces —con el fin de evitar las demoras del proceso— se interponen medidas cautelares cuando podría obtenerse una sentencia preventiva de forma definitiva. Por esta razón, los magistrados deben estar atentos para evitar un abuso, debido a que se podría intentar obtener *inaudita parte* aquello que debe ser parte de la decisión final.

Se puede advertir otra dificultad: como estas medidas son accesorias y tradicionalmente se sostuvo que no podían coincidir con el objeto del juicio principal²¹, en la práctica se terminaban inventando litigios de fondo para lograr que se adopten los resguardos adecuados

¹⁸ JAmbiental de Jujuy, 27/4/2021, “Agostini, Juan J. c. Enrique Eduardo Martínez, Mirta Susana Petrillo y Horizonte Desarrollos Inmobiliarios SRL s/ acc. preventiva de daños”, LL Online AR/JUR/18967/2021.

¹⁹ PEYRANO, “La acción preventiva: certezas y dudas”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – ESPERANZA, Silvia L. (coord.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, págs. 207/299. La posibilidad de utilizar un proceso de características similares al sumarísimo había sido propuesta con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial por MORELLO, Augusto, “Tutela procesal del derecho a la intimidad personal”, JA 1985-II-765. Algunos postulan aplicar el procedimiento de conocimiento más breve: OSSOLA, Federico A. en RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela (dirs.), *Responsabilidad civil*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pág. 178.

²⁰ PEYRANO, Jorge W., “Noticia sobre la acción preventiva”, La Ley 19-12-2015, 1.

²¹ Sin embargo, ello no fue considerado indispensable por la CSJN, tal como veremos en el apartado IV.3.

por medio de la protección cautelar²², lo que deriva en una ficción²³. Por ejemplo, si la única finalidad de un individuo era que le realicen una operación urgente, iniciaba una demanda con otro objeto más amplio y pedía como medida precautoria la intervención quirúrgica.

b) Medidas autosatisfactivas: Es un requerimiento urgente formulado al juez, que se agota con su despacho favorable. No se trata de una medida precautoria, aunque muchas veces se la haya calificado como una “cautelar autónoma”²⁴.

c) Medidas precautelares: Han sido utilizadas para suspender los efectos de un acto administrativo hasta que el juez pueda tomar conocimiento de las actuaciones que se tramitaron antes del juicio frente al Estado²⁵.

d) Medidas anticautelares: Se utilizan para evitar la consumación de abusos procesales cautelares²⁶. Lo que se busca con ellas es anticiparse a esa situación, mediante una orden al destinatario para que no trabaje una cierta medida precautoria que pueda atentar contra el desenvolvimiento de su actividad comercial.

e) Pretensión mere declarativa: Se pide la declaración de certeza de una situación de derecho (art. 1 CPCCSF).

f) Amparo: Puede ser utilizado para articular pretensiones preventivas urgentes, debido a que está previsto para proteger derechos constitucionales *amenazados* (artículo 43 CN).

g) Proceso monitorio: Para garantizar el derecho de defensa, la sentencia tendría carácter provisorio (cosa juzgada formal), porque sería susceptible de revisión posterior. En las medidas cautelares clásicas se busca asegurar la eficacia de la sentencia definitiva hasta su dictado, mientras que aquí se presume que la misma será innecesaria. Se ha dicho que la providencia monitoria “es provisorio en su formación, pero definitiva en su finalidad; la cautelar [...] es provisorio en el fin”²⁷.

²² Tal como lo sostenía PEYRANO, Jorge W., “Lo urgente y lo cautelar”, JA 1995-I-899.

²³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Las medidas autosatisfactivas en el Derecho de daños y en la tutela del consumidor”, en PEYRANO (dir.) – EUGUREN (coord.), *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 421.

²⁴ PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en PEYRANO (dir.) – EUGUREN (coord.), *Medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pág. 13.

²⁵ SOSA, Toribio E., “Medidas pre o subcautelares en materia de violencia familiar”, La Ley 25/04/2005,1.

²⁶ PEYRANO, Jorge W., “Las medidas anticautelares”, La Ley 01/03/2012, 1.

²⁷ FERRARI, Griselda N., “Tutela de urgencia” en PEYRANO (dir.) – EUGUREN (coord.), *Medidas autosatisfactivas...*, ob. cit., pág. 216.

IV. Tutela anticipada de urgencia (o sentencia anticipada)

1. La legislación procesal

En nuestro país solamente está regulada para casos de urgencia en los códigos procesales de San Juan (art. 242) y La Pampa (art. 231). En ambos se solicita: 1) una verosimilitud mayor a la ordinaria²⁸; 2) urgencia impostergable; 3) contracautela; y 4) que no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. En sentido similar, otros ordenamientos contemplan procesos urgentes: 1) las medidas autosatisfactivas en Chaco (art. 232 bis); 2) la medida innovativa en Corrientes (art. 232 bis) y en Río Negro (art. 230); y 3) algunos supuestos específicos en Entre Ríos (arts. 604 *bis* y *ter*).

Surgió en el ámbito nacional como una extensión de las medidas de no innovar —luego de una interpretación del art. 230 CPCCN— hacia la innovativa y de la medida cautelar genérica (art. 232 CPCCN). Ninguna de estas opciones es extensible al proceso santafesino: en el primer caso, por la redacción del art. 289 CPCCSF y en el segundo por la inexistencia de una norma similar. Aquí fue recibida luego de una construcción jurisprudencial afianzada en la Corte Provincial²⁹.

Por otra parte, el art. 14 de la ley 11.330 (que reglamenta el recurso contencioso administrativo previsto en el art. 93, inc. 2, de la Constitución de Santa Fe), contempla no solamente la posibilidad de adoptar medidas cautelares, sino también anticipatorias, cuando se pueda considerar aceptable la posición sustancial del recurrente y exista peligro en la demora.

También se encuentra regulada en la legislación comparada. En Brasil está prevista en el art. 273 del Código Procesal Civil, que exige “prueba inequívoca” sobre la verosimilitud y exige: a) temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación; b) abuso procesal; o c) conducta maliciosa. En cambio, el ordenamiento procesal peruano es mucho más amplio (art. 618). Además, puede advertirse que otros países contienen institutos similares: en Francia se efectiviza a través del *référé*³⁰, en el derecho anglosajón mediante las *injunctiions*³¹ y en Italia se utiliza la tutela urgente (art. 700 del Código Procesal Civil).

También hay algunos casos contemplados como los alimentos provisorios (art. 554 CCCN) o el desalojo anticipado (art. 517, 2do. párrafo CPCCSF).

²⁸ A diferencia de lo requerido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁹ CSJ Santa Fe, 30/10/1989, “Salvia, Francisco V. y otros c. Municipalidad de Rosario”, ED 136-690, con nota de Bidart Campos; CSJ Santa Fe, 13/9/1989, “Vallejos, José M. y otros c. Provincia de Santa Fe”, AS 76-415/427; CCC Rosario, sala II, 21/4/1997, “Barbero, Jorge R. c./ Municipalidad de Rosario s/ Acción mere declarativa. Med. Cautelar innovativa”, Zeus 75-J-283. Véase la recopilación jurisprudencial con numerosos fallos de la Corte y Cámaras de la Provincia realizada por AIRASCA, Ivana M, “La medida cautelar innovativa”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – BARACAT, Edgar J. (coord.), *Medida innovativa*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2009, pág. 188.

³⁰ Arts. 484 a 492, 808 y 809 del Código Procesal Civil de Francia.

³¹ Es el caso de las *Rules of Civil Procedure* de 1999 en Inglaterra (Rule 21.1 (1) (a)).

2. Distintos supuestos

Existen distintas vías para obtener el anticipo total o parcial de lo pretendido:

1. Medidas innovativas: Con su dictado se procura la modificación de la situación de hecho, se despachan *inaudita parte* y son apelables con efecto devolutivo. Estas características, sumadas a la posibilidad de pedir las antes de la demanda o junto con ella —cuestión discutida en la tutela anticipada—, tornan conveniente su utilización.

No pueden exigirse para asegurar obligaciones de dar dinero, sino únicamente de hacer o no hacer. En caso contrario, serían un despacho interino de fondo.

Lo peticionado tiene un contenido *similar* —en todo o en parte— a lo pretendido para la sentencia, pero no *idéntico* como en el anticipo de tutela³². Por esta razón, si bien su utilización es frecuente, *en realidad no podrían adelantar en todo o parte lo pretendido*.

2. Medida de no innovar: Podría coincidir con el objeto del pleito cuando él implica una abstención³³. Así sucedió en los fallos de la Corte “Pérez Cuesta”³⁴ y “Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio”³⁵.

3. Mandato preventivo: El art. 1713 CCCN contempla la posibilidad de prevenir sin pedido de parte, pero no distingue situaciones, lo que justificaría la actuación del juez en caso de advertir un grave peligro y la falta de pedido de la parte actora. Sin embargo, sostuvimos con anterioridad que solamente puede tener lugar frente a la afectación de derechos fundamentales³⁶. Supongamos que el juez advierte que existe peligro de vida para la víctima, aunque su abogado no haya promovido el incidente ni una medida cautelar. Puede disponer anticipadamente que se le otorgue algún tratamiento que fue parte de la pretensión y cuya procedencia debía decidirse al finalizar el pleito.

4. Incidente de anticipo de tutela: Implica que, ante la petición del actor —y generalmente luego de una sustanciación—, se decida el otorgamiento o no de lo pretendido antes de la finalización del juicio.

Este último es el supuesto al que nos avocaremos.

³² ARAZI y KAMINER, “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en PEYRANO (dir.) – EUGUREN (coord.), *Medidas autosatisfactivas*, op. cit., pág. 44.

³³ ARAZI, Roland, “Tutela anticipada como medida cautelar innovativa”, *Revista de Derecho Procesal*, 2009-2, Rubinzal – Culzoni, pág. 175. Pone como ejemplo su otorgamiento en un caso cuya pretensión era la abstención de suspender el suministro por falta de pago (CNFed.CC, sala I, 7/8/2003, LL 2004-524).

³⁴ CSJN, 25/6/1996, “Pérez Cuesta S.A.C.I. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 319: 1069.

³⁵ CSJN, 19/2/2008, “Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio c/ Provincia de Tucumán”, Fallos: 331:202.

³⁶ Así lo entendimos en “Análisis de las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre Prevención del daño”, *El Derecho*, diarios de los días, 16, 17 y 18 de mayo de 2018, ISSN 1666-8987, Nros. 14.407, 14.408 y 14.409, Año LVI, ED 277.

3. Antecedentes jurisprudenciales

En los casos “Camacho Acosta”³⁷ y “Pardo”³⁸ —fallados por la Corte Nacional— se habían solicitado medidas cuyo contenido coincidía en parte con el fondo del asunto; es decir, que significaban un anticipo parcial de la sentencia final. En el primero de ellos, se trataba de un trabajador que sufrió la amputación de su brazo con una máquina de propiedad del demandado y necesitaba el dinero para una prótesis (una mayor demora provocaría graves daños al actor). En cambio, en el segundo supuesto se exigió el pago anticipado de los gastos³⁹ indispensables para afrontar la discapacidad que padecía una niña debido a un accidente de tránsito.

Las respectivas cámaras de apelaciones habían considerado que se necesitaba *algo más* que la mera verosimilitud en el derecho. Sin embargo, en ambos fallos el Máximo Tribunal decidió que ella no debía ser mayor a la que se requiere habitualmente para el despacho de las medidas cautelares. En cambio, hizo hincapié en el notorio peligro en la demora existente y en la interrelación entre los requisitos de admisibilidad. Por esta razón, tampoco se advierte el análisis de la contracautela en ninguno de los dos casos.

En el primero de ellos se había solicitado una medida innovativa, mientras que en el segundo directamente se había promovido un incidente de anticipo de tutela, aunque en ambos se trató de una aplicación de este último instituto.

Se trata de uno de los grandes problemas en materia preventiva: determinar cuál es el mecanismo procesal más efectivo y, a la vez, procedente. Así, por ejemplo, en el fallo “Chávez” —muy similar a “Camacho Acosta” — una Cámara Laboral adoptó una medida autosatisfactiva⁴⁰.

Con anterioridad a estos precedentes, la Corte había sostenido en “Bulacio Malmierca”⁴¹ el carácter excepcional del anticipo de tutela, frente a la pretensión de que el Banco Nación deje sin efecto una circular que reducía las contribuciones al régimen de jubilaciones.

³⁷ CSJN, 7/8/1997, “Camacho Acosta Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros s/ Recurso de hecho”, Fallos: 320:1633.

³⁸ Fallo citado.

³⁹ Se petitionó “...la suma de \$ 43.212 para la adquisición de diversos elementos ortopédicos y la de \$ 6.300 mensuales para sufragar la atención médica y los gastos que el cuadro de salud de la joven requería” (considerando 1, fallo “Pardo” citado).

⁴⁰ CNTrab., sala IX, 31/5/2012, “Chávez, Elsa A. v. La Caja ART S.A s/acción de amparo —incidente—”, LL Online AP/JUR/2778/2012.

⁴¹ CSJN, 24/8/1993, “Bulacio Malmierca c/ Banco de la Nación Argentina”, Fallos: 316:1833.

Luego, en el fallo “Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio”⁴² denegó la medida cautelar de no innovar solicitada por la actora. Con ella pretendía evitar que se le realicen reclamos administrativos o judiciales, mientras tramitaba una acción declarativa de certeza acerca de la vigencia de una norma que la eximía de abonar impuestos (retomó la línea que había adoptado frente a una situación muy similar en “Pérez Cuesta”⁴³). Por su parte, al decidir en “Provincia de Neuquén c/ Ministerio del Interior” rechazó la pretensión de la actora tendiente a obtener un adelanto de los fondos del Tesoro Nacional para afrontar una emergencia climática⁴⁴.

En cambio, en el precedente “Provincia de Salta c/ Estado Nacional” se reclamaba el reintegro de los fondos para la alimentación y mantenimiento de los presos federales, de los cuales se había hecho cargo la Provincia, en virtud de un convenio. Se rechazó el embargo, pero se dispuso —con carácter preventivo— la entrega de las sumas dinerarias que se vayan devengando hasta la finalización del juicio⁴⁵.

Recientemente se expidió en el fallo “Maggi”: allí el actor interpuso una medida autosatisfactiva con el fin de trasladarse desde Resistencia hacia Corrientes para colaborar en el tratamiento oncológico de su madre, lo que no podía hacer por las restricciones impuestas frente al aislamiento obligatorio. El Máximo Tribunal la calificó como “medida innovativa” y “autónoma”, haciendo lugar al pedido. Tuvo en cuenta, además, que no iba a poder revisarse posteriormente, por lo que exigió una mayor prudencia⁴⁶.

Tal como hemos señalado, también la Corte de Santa Fe⁴⁷ aplicó las medidas innovativas como tutela anticipada en varias ocasiones. En el fallo “Vallejos” se suspendió la intimación para el reintegro de empleados provinciales y con ello “revertir la relación entre las partes a la situación jurídica anterior, con la inmediata satisfacción de las prestaciones que corresponden”. Poco tiempo después falló en “Salvia”, al disponer que, frente el reclamo de empleados municipales de diferencias salariales —devengadas porque la Administración decidió por sí misma declarar inconstitucional una norma—, no solamente se suspendan los efectos de ese acto administrativo para el futuro, sino que también se abonen los salarios por completo.

⁴² CSJN, fallo cit.

⁴³ CSJN, fallo cit.

⁴⁴ CSJN, 26/9/2006, “Provincia de Neuquén c/ Ministerio del Interior”, Fallos: 329:4161.

⁴⁵ CSJN, 1/9/2003, “Provincia de Salta c/ Estado Nacional”, Fallos: 326:3210. Similar decisión había adoptado en Fallos: 325:2367 del 19/9/2002.

⁴⁶ CSJN, 10/9/2020, “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ Medida autosatisfactiva”, LL Online AR/JUR/37057/2020.

⁴⁷ Fallos citados en el apartado VI.1.

Muchos otros casos fueron resueltos mediante la medida innovativa, con el fin de petitioner gastos médicos durante el proceso⁴⁸, abonar anticipadamente el lucro cesante a los negocios perjudicados por una obra estatal⁴⁹, pedir el cese provisional de la obligación alimentaria cuando ya no se dan los requisitos legales que la fundaron⁵⁰, realizar operaciones urgentes⁵¹, etc.

4. Caracterización

La tutela anticipada es una especie dentro de los procesos urgentes y consiste en la posibilidad de que el juez adelante —en todo o en parte— el contenido de la pretensión antes del dictado de la sentencia final.

Debe distinguirse, entonces, de las medidas precautorias o de las medidas autosatisfactivas.

Entendemos que no tiene naturaleza cautelar⁵², debido a que no se trata de asegurar la satisfacción posterior de un derecho, sino a obtenerla en forma inmediata para evitar un daño de difícil reparación⁵³. Se advierte clara la diferencia en el fallo de la Corte “Provincia de Salta c/ Estado Nacional”, en el cual se discutió la falta de entrega de los fondos acordados para el mantenimiento de los presos federales. Allí denegó el embargo de los bienes nacionales, ya que no existía peligro de insolvencia, pero le impuso a la Nación que —en forma provisoria— remita las partidas correspondientes a cada mes⁵⁴.

⁴⁸ JFed. Córdoba, 27/9/99, “Roca, Emilio H. c/ Braschi, Juan Carlos y otros -ordinario-”; y CNCiv. Sala C, 26/10/2001, “Poveda, César c/ Transportes Metropolitanos Belgrano SA s/ Medidas precautorias”, Zeus 13-2-2002.

⁴⁹ JNCiv. Nro. 67, 29/10/99, “Elías, Julio y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Medidas precautorias”.

⁵⁰ CNCiv., sala C, 3/1994, LL 1994-C-585.

⁵¹ Cuestión que se ventila día a día en los amparos de salud.

⁵² En cambio, para algunos autores se trata de un subsistema cautelar, que es provisional y no debe ser confundido con la sentencia final (ROJAS, ob. cit.). También se ha dicho que no existen diferencias entre las medidas innovativas y la tutela anticipada (ARAZI, ob. cit., págs. 167 y ss.).

⁵³ Cfr. CARBONE, Carlos A., “La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la tutela anticipatoria y de los procesos urgentes”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) – CARBONE, Carlos A. (coord.), *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2010, pág. 62, con citas de Allorio y Chioventa, que hacían hincapié en su carácter ejecutivo. Ello implica que la providencia debe anticipar los efectos ejecutivos de una sentencia de condena y no puede ser constitutiva de derechos, como sucedería frente a un divorcio (PEYRANO, Jorge, “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema”, en PEYRANO (dir.) – CARBONE (coord.), *Sentencia anticipada...*, ob. cit., pág. 30). Por otra parte, no se trata de un proceso accesorio, sino que es un elemento integrante del juicio principal (RIVAS, Adolfo A., “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional”, LL actualidad 22/2/96; CAVA, Claudia A. – EUGUREN, María C., “Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de los procesos urgentes”, en PEYRANO (dir.) – CARBONE (coord.), *Sentencia anticipada...*, op. cit., pág. 211).

⁵⁴ CSJN, 1/9/2003, “Provincia de Salta c/ Estado Nacional”, Fallos: 326:3210.

Como principio general, no debe ser dictada *inaudita parte*, sino que corresponde sustanciar el incidente de tutela anticipada⁵⁵. Parece sensato que se otorgue, al menos, un traslado de días, de horas o que se cite a una audiencia urgente para escuchar a los involucrados, salvo en aquellos supuestos en los cuales el conocimiento de la otra parte pueda hacer peligrar la satisfacción de lo requerido.

Si bien no deciden definitivamente el litigio, implican adelantar en todo o en parte lo pretendido, por lo que se impone una delicada valoración al dictarlas. Aunque posteriormente la sentencia final rechace la demanda o el rubro correspondiente, se puede generar un inconveniente para el demandado que quizás no recupere lo desembolsado por cuestiones de solvencia (sobre todo cuando es otorgada sin contracautela).

Debe existir un juicio iniciado. La discusión recae sobre la etapa en la cual puede pedirse: para Peyrano es necesario que se haya contestado la demanda o haya transcurrido el plazo para hacerlo⁵⁶. En cambio, pensamos que puede otorgarse incluso antes, otorgando la sustanciación correspondiente (salvo cuando ello frustre el derecho pretendido)⁵⁷.

5. Requisitos de procedencia

Si bien la Corte⁵⁸ únicamente exigió los requisitos clásicos de las medidas cautelares, de allí pueden desprenderse varias consideraciones:

1. Comenzaremos por comparar el grado de conocimiento necesario para su despacho con el requerido en otras situaciones: a) en las medidas precautorias se exige verosimilitud; b) las medidas autosatisfactivas requieren fuerte probabilidad; y c) la sentencia de mérito, para cuyo dictado se necesita certeza definitiva.

En la tutela anticipada, la doctrina considera que es indispensable que exista una “certeza suficiente”⁵⁹, aunque la Corte únicamente exigió la verosimilitud en el derecho propia de las clásicas medidas cautelares⁶⁰, con fundamento en el riesgo de prejuzgar⁶¹.

⁵⁵ MEDINA, Graciela, “Tutela anticipada y daño vital”, La Ley 15/02/2012, 7; cfr. FALCÓN, Enrique, “La bilateralidad y los sistemas cautelares” en Revista de Derecho Procesal 2010-1, Rubinzal – Culzoni, págs. 15/16. Desde la visión contraria se ha dudado sobre la necesidad de este requisito (PEYRANO, Jorge, “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil”, en PEYRANO (dir.) – CARBONE (coord.), *Sentencia anticipada...*, ob. cit., pág. 20).

⁵⁶ PEYRANO, “Aspectos...”, ob. cit., pág. 20; CAVA – EUGUREN, ob. cit., pág. 211.

⁵⁷ En ciertas ocasiones, no se puede esperar el término de la contestación de la demanda, que puede llegar a 15 o 20 días hábiles (según el proceso, e incluso ampliarse si el demandado reside en otra jurisdicción). Asimismo, debe recordarse que en el fallo “Camacho Acosta” la CSJN la otorgó sin que se haya contestado la demanda y tampoco se sustanció, por aplicarla como “medida cautelar innovativa”.

⁵⁸ Analizaremos, entre otros, los fallos “Camacho Acosta” y “Pardo” como casos de anticipo de tutela —aunque en el primero se haya otorgado bajo el título de “medida innovativa”—, porque creemos que esa es su verdadera naturaleza. Puede verse el análisis realizado por MORELLO, Augusto, “La tutela anticipada en la Corte Suprema”, ED 5-2-98. Remitimos a la cita de los fallos analizados en el apartado IV.3.

2. En cuanto al peligro en la demora, algunos autores —con quienes coincidimos— sostienen que debe darse un “plus”⁶²: la llamada “irreparabilidad del perjuicio” o *periculum in damni*⁶³. La Corte no fue del todo clara: a) en el caso “Bulacio Malmierca” (1993) solamente lo exigió en los términos tradicionales, aunque requirió una mayor prudencia, por tratarse de una medida excepcional⁶⁴; b) en los fallos “Camacho Acosta” (1996) y “Pardo” (2011), solo hizo mención sobre esta situación, pero sin requerir una entidad tal; c) en “Provincia de Salta” (2003) lo utilizó para otorgar el anticipo; y d) al decidir los casos “Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio” (2008) y “Provincia de Neuquén” (2006) rechazó el pedido por no encontrarse configurado con ese alcance.

3. El tema de la contracautela es discutido⁶⁵. Pensamos que puede despacharse sin requerirla cuando exista una mayor presencia de los dos primeros recaudos y, con mayor razón, si se encuentran en juego derechos de la persona.

4. Debe ser reversible (por ej., no puede significar la transmisión del dominio)⁶⁶.

5. A su vez, es fundamental analizar estos requisitos en conjunto con las pautas establecidas por el art. 1713 CCCN para la sentencia preventiva: medio más idóneo para asegurar la eficacia y menor restricción posible. Estas pautas fueron tenidas en cuenta —sin encontrarse todavía legisladas— en “Camacho Acosta” (cons. 11), “Provincia de Salta c/ Estado Nacional” (cons. 9) y “Pardo” (cons. 14).

⁵⁹ CARBONE, ob. cit., págs. 132/133. En el mismo sentido, Peyrano sostiene que se requiere una “fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta” (PEYRANO, Jorge W., “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”, ED 163-786).

⁶⁰ Fallos “Camacho Acosta” y “Pardo”. En el mismo sentido se había expresado PALACIO, Lino, “La venerable antigüedad de la medida innovativa y su alcance actual”, Revista de Derecho Procesal, 1998-1, Rubinzal – Culzoni, pág. 112.

⁶¹ CSJN, “Provincia de Salta c/ Estado Nacional”, fallo citado (cons. 6)

⁶² Aunque también podría utilizarse frente a otros supuestos, como falta de contestación seria (*référé*), abuso del derecho o manifiesto propósito dilatorio (art. 273 CPC Brasil). Si bien no participa de esta naturaleza, el CPL santafesino prevé la posibilidad de utilizar un procedimiento abreviado cuando la causa de despido no sea clara o sea manifiestamente inconsistente con la configuración legal de una injuria (art. 123, inc. a).

⁶³ Se ha tenido en cuenta para rechazar el despacho de medidas innovativas (CNCiv., sala K, 31/12/96, “Algodonera San Nicolás SA y otros c/ Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, DJ 1999-2-645; CNCiv., sala D, 16/11/1990, “Akerman, Fernando c/ Club Náutico Hacoaj” LL 1992-C-164). Puede verse el extenso repaso jurisprudencial del tema en BILESIO, Juliana – GASPARINI, Marisa, “Medida innovativa: un cuarto presupuesto, el daño irreparable”, en PEYRANO (dir.) – BARACAT (coord.), *Medida innovativa*, ob. cit., págs. 333 y ss.; AIRASCA, ob. cit., pág. 188; y PÉREZ RAGONE, Álvaro, “Tutelas provisorias de derechos en el proceso civil”, Revista Ius Et Veritas, PUCP, 2000, nro. 21, nota 70.

⁶⁴ Considerando 3. Similar razonamiento se advierte en “Pérez Cuesta”.

⁶⁵ Algunos autores la exigen en todos los casos (PEYRANO, Marcos, “La sentencia anticipatoria y el derecho de defensa”, en PEYRANO (dir.) – CARBONE (coord.), *Sentencia anticipada...*, ob. cit., pág. 319), mientras que otros no la consideran indispensable (CAVA – EUGUREN, ob. cit., pág. 211).

⁶⁶ PEYRANO, “Aspectos...”, ob. cit., pág. 40.

6. La resolución anticipatoria

No constituye un prejuzgamiento⁶⁷, sino que el juez debe ingresar en un análisis provisorio del caso, tal como ocurre cuando decide sobre medidas cautelares.

También es necesario advertir que el art. 1713 CCCN no solo le permite al juez actuar de oficio para prevenir, sino también para extender la legitimación⁶⁸, imponer medidas distintas o más intensas que las peticionadas, etc. Incluso se ha entendido que puede reconducir las postulaciones de las partes⁶⁹.

Una vez obtenida la resolución que la otorga, es recurrible y, además, al fallarse en forma definitiva puede ser confirmada, modificada o dejada sin efecto. Tiene la particularidad de ser “pluralmente revisable”⁷⁰.

Ahora bien, ¿qué sucede si al continuar el proceso se demuestra que los elementos en los cuales el juez basó su decisión entran en crisis? Entendemos que puede darse su revocación durante el juicio, pero únicamente en supuestos excepcionales⁷¹.

También en caso de que posteriormente caduque la instancia, quedaría sin efecto la medida adoptada, en cuanto aquélla tiene efecto retroactivo al estado anterior a la interposición de la demanda⁷².

⁶⁷ Se expidió al respecto la CSJN en “Provincia de Salta” (cons. 6).

⁶⁸ Así sucedió en el fallo de la CSJN, 11/8/2020, “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”, CSJ 468/2020. Allí se extendió el deber preventivo a la Provincia de Buenos Aires, a pesar de que no había sido demandada.

⁶⁹ Conclusiones del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

⁷⁰ PEYRANO, Jorge W., “Diferencias existentes entre dos expresiones de la justicia temprana: la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada de urgencia”, en PEYRANO (dir.) – EUGUREN (coord.), *Medidas autosatisfactivas...*, ob. cit., págs. 418/419.

⁷¹ CARBONE, ob. cit., pág. 96. Ello debido a que las decisiones tienen carácter “interino”, lo que supera la mera “provisionalidad”.

⁷² CAVA – EUGUREN, ob. cit., pág. 214.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN DEFENSA DE LA POSESIÓN Y DE LA TENENCIA

Gustavo Marcelo Nadalini¹

RESUMEN

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce sólo dos relaciones de poder propiamente dichas que el sujeto puede ejercer fácticamente sobre las cosas, y ellas son la posesión y la tenencia. Este ha sido desde siempre un espacio de cierta complejidad, tanto en la comprensión de sus alcances como en lo atinente a las herramientas para proveer a su defensa efectiva y eficiente. Nuestro análisis pretende ceñirse a las defensas de la posesión y de la tenencia, y para ello centraremos el estudio reflexivo principalmente en el Capítulo 1 del Título XIII, ya que allí se condensan las normas que estrictamente rigen la cuestión. El Capítulo de referencia reúne pautas o reglas generales, y trabaja tres instrumentos de protección específicos: uno de corte privado o extrajudicial, y los dos restantes de alcance jurisdiccional. Una de estas últimas, a su vez, cubre una especie de subtipo de acción, que se incorporara oportunamente al viejo código civil.

Palabras clave: Defensas de posesión y tenencia – Acción de despojo – Acción de mantener

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación reconoce sólo dos relaciones de poder propiamente dichas que el sujeto puede ejercer fácticamente sobre las cosas, y ellas son la posesión y la tenencia.²

Existen otras relaciones que la ley no puede desconocer, como las de dependencia, hospitalidad, servicio, hospedaje, pero a ninguna de ellas se les atribuye la jerarquía de aquéllas. Es decir, no llegan a constituir una potestad relevante, con efectos jurídicos significativos. Se los considera meros servidores de la posesión, utilizando una expresión de

¹ Coordinador de Institutos y Comisiones del Colegio de Abogados de Rosario y Presidente del Instituto de Derechos Reales; Profesor Titular de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la U.N.R.; Profesor Titular de otras asignaturas en UNR, UAI, UCEL, UCES.

² Artículo 1908 CCyC: Enumeración. Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia.

largo arraigo en nuestra cultura, y apenas se les brinda la posibilidad de ejercer una defensa privada de la cosa con la que se vinculan, pero se les niega acción judicial alguna.

Por lo tanto, se jerarquizan la calidad de poseedor y de tenedor como las únicas potestades de hecho que la persona puede desplegar sobre las cosas, con independencia de gozar o no de un derecho sobre ellas. Y si bien la letra del nuevo cuerpo mejora la anterior, la esencia conceptual e identitaria de una y otra se mantiene expresamente en los textos normativos especiales. Así, si bien tanto el poseedor como el tenedor gozan del corpus del objeto, los diferencia la voluntad del sujeto activo, en tanto el poseedor se asume como titular de un derecho de propiedad –lo sea o no –, y el tenedor reconoce siempre en otro tal derecho.³

El territorio de la posesión y de la tenencia ha sido desde siempre un espacio de cierta complejidad, tanto en la comprensión de sus alcances como en lo atinente a las herramientas para proveer a su defensa efectiva y eficiente. Las distintas especies de poseedor y de tenedor, los efectos reflejados en facultades, deberes y responsabilidades; la dimensión respecto a frutos y mejoras, entre muchas otras, son escenas de debate recurrente. No es el propósito de este texto sumergirnos en su análisis, pero es necesario reconocer la estatura del tema antes de iniciar el recorrido de nuestra propuesta sobre las acciones jurisdiccionales que hoy ofrece el ordenamiento en esta materia.

Creemos que el Código unificado, consciente de las disputas y dificultades históricas, ha realizado una labor de superación y de trascendencia al ordenar y simplificar los mecanismos tendientes a proteger el hecho de la posesión y de la tenencia. Ha logrado sintetizar herramientas y ha unificado legitimaciones activas; provee una serie de presunciones que seguramente han de orientar el curso más razonable; facilita mecanismos probatorios. Sin embargo, es ahora tarea de todos los operadores jurídicos, judiciales, particulares, institucionales todos, comprender y practicar los recursos que el sistema propone. Es una responsabilidad grande e imperiosa, que al honrarse comprometidamente permitirá saldar deudas con los justiciables en general en esta asignatura, tanto por el contenido y alcance de las resoluciones, como por la premura con que se arrije a las mismas.

II. Herramientas defensivas

El Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial de la Nación regula de manera conjunta las acciones posesorias y las acciones reales. Es el último Título del Libro, y

³ Artículo 1909 CCyC: Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no. Artículo 1910 CCyC: Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.

con acierto, se han reunido allí los instrumentos de protección más específicos de las instituciones reales, diferenciándose del Código anterior, que trataba a unas y otras en espacios distintos, habilitando una interpretación más sesgada y desconectada de estos dispositivos.

No hay dudas del acierto, en tanto las relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales son múltiples, y en algunos casos operan como caminos secuenciales o alternativos, tal como se expresa en el Capítulo 3 de este Título bajo el acápite *Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales* desde el artículo 2269 hasta la norma del artículo 2276 inclusive.

Nuestro análisis pretende ceñirse a las defensas de la posesión y de la tenencia, y para ello centraremos el estudio reflexivo principalmente en el Capítulo 1 del Título XIII, ya que allí se condensan las normas que estrictamente rigen la cuestión, amén de su inevitable articulación con otras varias que las integran y las asisten, dispersas en el resto del texto codificado.

El Capítulo de referencia reúne pautas o reglas generales, y trabaja tres instrumentos de protección específicos: uno de corte privado o extrajudicial, y los dos restantes de alcance jurisdiccional, de imperativa recurrencia tribunalcia. Una de estas últimas, a su vez, cobija una especie de subtipo de acción, que se incorporara oportunamente al viejo código civil.

III. Principios rectores

Quebrantando la secuencia numérica del articulado, consideramos que la norma que propicia la regla de inicio en el estudio de esta problemática, es la que se manifiesta en el artículo 2239⁴. Allí se consolida un principio central y vital de todo Estado de Derecho, cual es el de restringir la justicia por mano propia, evitando la reacción o la acción particular, siempre cercana a emociones más viscerales y vindicativas. Se enfatiza en la necesidad de acudir a los órganos del Estado a través de los procedimientos previstos. Claro está que el desafío de los responsables de operarlos es la de garantizar respuestas fundadas y prontas, que alienten la confianza en los resortes del sistema.

Si bien la letra del artículo 2239 parece cerrarse en aquellos actores que cuenten con derechos formales a poseer o a tener, adelantamos que las acciones posesorias se otorgan a toda especie de poseedor y de tenedor, con independencia de que gocen de título o derecho alguno. Y es a todos ellos a quienes interpela el principio.

⁴ Artículo 2239 CCyC: Acción para adquirir la posesión o la tenencia. Un título válido no da la posesión o la tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.

A pesar de lo dicho, como sucede en otros campos disciplinares, el Código ofrece una excepción, permitiendo que, en determinadas circunstancias de estricta y restrictiva interpretación, proceda una acción privada, una defensa extrajudicial de la posesión y de la tenencia, que similar a la legítima defensa penal, reconoce la existencia de escenarios extraordinarios. La analizaremos oportunamente, e intentaremos establecer sus alcances concretos.

Establecido el principio fundante, corresponde señalar que la ley califica a las acciones que estudiamos, como defensas de la posesión y de la tenencia. Es de destacar ese carácter tuitivo que se imprime a las mismas. Desde el origen, el complejo de normas anuncia que se trata de instrumentos para protegerse de los actos de terceros, que generen un perjuicio, sea turbando o privando al poseedor o tenedor de su relación con la cosa. No se incentiva un ataque, sino una defensa ante los hechos de otros. Y recordemos que esos otros, pueden ser incluso los titulares de derechos reales o personales sobre el objeto, si han actuado sin acudir a las vías legales como mencionáramos en párrafos anteriores.

Otros aspectos centrales a tener en cuenta, son las presunciones *iuris tantum* que se revelan en artículos de otros Títulos del Código, pero que deben integrarse en este estudio. Así, la primera presunción que evidenciamos es la que surge del texto del artículo 1911⁵

La presunción de poseedor es importante, ya que obliga a que cualquier persona que advierta la relación de un sujeto sobre una cosa, debe interpretarla como una relación posesoria, y corresponderá a quien quiera rebatirlo, probar lo contrario. Y ello, creemos, impera también para los operadores y decisores en estas acciones.

En segundo lugar, se debe presumir que las relaciones de poder son legítimas. Así reza el artículo 1916 primera parte⁶. Recordemos que la posesión es legítima, cuando la ejerce quien es titular de un derecho real sobre la cosa, como por ejemplo el usufructuario; y la tenencia es legítima cuando el tenedor es titular de un derecho personal sobre el objeto, como el supuesto de la locación. Así, en el ejemplo, usufructuario y locatario serán poseedor legítimo y tenedor legítimo respectivamente. Y agregamos a esta presunción, otra que funge como un resorte particularmente útil al momento de tener que discernir disputas posesorias, y es la que emana del artículo 1914⁷ del Código vigente. La presunción de inicio de la relación de poder es

⁵ Artículo 1911 CCyC: Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejercer un poder de hecho sobre una cosa...”

⁶ Artículo 1916 CCyC: Presunción de legitimidad. Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario....

⁷ Artículo 1914 CCyC: Presunción de fecha y extensión. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

fundamental para fortalecer a quien teniendo un título sobre la cosa alega su derecho a poseer o tener; pero además que esa relación alcanza toda la extensión material del objeto en conflicto. No olvidemos que las relaciones de poder solamente pueden ejercerse sobre cosas, en sentido técnico, o universalidades de hecho; y que nada impide que se posea o tenga el todo o una parte material de esos objetos.

Finalmente, y sin que ello agote el menú de presunciones que iluminan este ámbito, resaltamos la presunción de buena fe que opera a favor del poseedor o tenedor, salvo situaciones de taxativa excepción. Todo ello surge prístino del artículo 1919⁸. No hay que dudarlo, la presunción como regla es siempre la buena fe; y solamente en los supuestos legalmente previstos en los incisos del texto, esa presunción cede para dar lugar a una presunción distinta, también de carácter *iruis tantum*, cual es la de mala fe. No son dos reglas; si así fuese tensionarían y se convertirían en una contradicción irredimible. Los casos de presunción de mala fe son tan excepcionales, que se los indica específicamente.

Este juego de presunciones que hemos destacado reúne elementos sumamente útiles, que deben valorarse adecuadamente tanto para las presentaciones que se realicen como a la hora de la toma de decisiones que correspondan. Son, como toda presunción de esta naturaleza, orientadores que se proponen pacificar y simplificar los procesos probatorios y consolidar situaciones que el propio sistema jurídico estima valioso rescatar.

IV. Defensa extrajudicial

El artículo 2240⁹ regula esta figura de excepción, y a pesar del objetivo central de su contenido, inicia reafirmando la inconveniencia del ejercicio de la propia autoridad. Se enfatiza que la licencia que otorga la norma es excepcional, un recurso extremo. Se habilita tanto para mantener como para recuperar la relación posesoria o de tenencia; es decir que es factible defenderse ante cualquier acto que implique una agresión en tal sentido. Queda claro que el sistema no legitima la violencia del agredido, sino que justifica no sancionarlo, al reconocer que su actuación es exclusivamente defensiva. La norma lo dice claramente, es el permiso para defenderse, para protegerse y con ello repeler el ataque. Compartimos que la protección es

⁸ Artículo 1919 CCyC: Presunción de buena fe. La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. La mala fe se presume en los siguientes casos; a) cuando el título es de nulidad manifiesta; b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.

⁹ Artículo 2240 CCyC: Defensa Extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando deba protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.

tanto del propio sujeto agredido, como el de sus afectos, y de los elementos que conforman el objeto mismo de la relación de poder. No olvidemos que la figura tiende a proteger la posesión y la tenencia. La propia norma intenta establecer criterios y parámetros para evaluar si la acción privada defensiva halla justificación. Para ello se requiere que quien se proteja del ataque lo haga empleando una fuerza suficiente. Consideramos que esto no implica necesariamente equivalente en una medición objetiva de recursos, sino la que resulte razonablemente adecuada según las circunstancias del caso, lugar, actores, en fin, las diversas variables que se presentan en cada situación particular. No puede ponderarse con una única vara, estableciendo criterios rígidos que pueden resultar hábiles para algunos y absolutamente inocuos para otros. Es cierto que se inserta otro parámetro más, al decir, renglón siguiente, que el afectado no debe exceder los límites de la propia defensa. Es una remisión lógica y valiosa a las consideraciones del modelo penal, en el que con mayor abundamiento se ha desarrollado esta teoría. Pero creemos que debe reconocerse que toda institución debe interpretarse dinámicamente y en la esfera de la naturaleza disciplinar en la que se inserta; en este caso, la civil. Se exige también que la reacción defensiva ocurra sin intervalo de tiempo; esto quiere decir que se reclama inmediatez. Ello diluye la posibilidad de permitir que el sujeto pueda recapacitar y acceder a otros recursos, incluso institucionales. Por ello se reclama también que los auxilios estatales, judiciales o policiales, resultasen tardíos. Aquí entendemos que el ítem debe analizarse criteriosamente; ya que no podrá esperarse que la persona no se defienda aun cuando el hecho esté ocurriendo a metros de una comisaría. La inmediatez, creemos, apela a evitar una planificación que burle la excepción dispensante de la ley. Por ello, siendo honestos en lo que consideramos debe ser una correcta interpretación de esta defensa privada, no habilita a ejercerla a quien hubiese sido despojado, por ejemplo, clandestinamente. Es cierto que el sujeto se anoticia de tal acto de desposesión cuando, eventualmente, llega al inmueble, pero claramente no hay inmediatez entre el ataque despojante y la potencial conducta repelente. Un hecho tal conduce irremediabilmente a las vías legales institucionalizadas para recuperar la relación de poder. Insistimos, los órganos responsables de llevar adelante estas acciones deben procurar hacerlo del modo más eficiente y veloz posible, porque sólo ello brindará algún margen de satisfacción en justicia al ofendido. Burocratizar un procedimiento de esta especie, permitir moras injustificables, atentaría contra la credibilidad en las herramientas legales y en quienes deben operarlas.

La norma culmina legitimando también para ejercer esta defensa privada a los servidores de la posesión. Esta es una de las escasas menciones que se realiza de estos sujetos que, reiteramos, no llegan a concretar una relación de poder con la cosa. Son los actores a los

que menciona la segunda parte del artículo 1911, esto es, aquél que utiliza la cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad. Nótese que con cuidado tona la norma dice que estas personas utilizan la cosa, no nos dice que ejercen sobre ella una potestad específica. Ese uso es circunstancial, sin otorgarle a la persona un poder de disposición efectivo, generalmente sobre cosa ajena. Piénsese, por ejemplo, en quien utiliza el mobiliario de un alojamiento turístico, las herramientas de una fábrica en la que trabaja, y un larguísimo etcétera. A ellos se les permite defenderse y con ello proteger el uso de la cosa, porque se imagina una situación inmediata que probablemente despierte en la persona una reacción intuitiva de custodia y cuidado.

Siempre hemos creído necesario recordar que con esta figura la ley no incentiva ni justifica la violencia, sino que, dadas las excepciones descriptas, elude aplicar al sujeto las sanciones que de otro modo le correspondería padecer.

V. Acciones judiciales

Nuestro Código Civil y Comercial prevé dos acciones específicas para proteger al poseedor y al tenedor; a ambos se les otorgan las mismas herramientas frente a idénticos ataques.

Por un lado, la Acción de Despojo, que procede a favor de todo poseedor o tenedor que ha sido privado o despojado de la cosa objeto de su relación de poder. El ataque o la lesión que habilita esta acción es el acto de desapoderamiento.

Por el otro, la Acción de Mantener, que se otorga a todo poseedor o tenedor que está siendo turbado en su relación de poder. Aquí la lesión es la turbación, es decir, actos que no resultan en un desapoderamiento absoluto del sujeto respecto a la cosa.

Para ambas acciones se legitima activamente a toda especie de poseedor y de tenedor, es decir, sean legítimos o ilegítimos, de buena fe o de mala fe, viciosos o no viciosos. Es una legitimación amplia e igualitaria, abandonando las distinciones más minuciosas del Código anterior. Creemos que es un acierto, porque en cualquier caso el asunto en debate ventila una situación de hecho. Estas acciones no concluyen expresando el reconocimiento de un derecho real o personal específico; y de allí que, en principio, la prueba del título que el sujeto pueda esgrimir podría resultar inútil en esta instancia. Ello también justifica que el despojado, por ejemplo, pueda intentar recuperar su relación con el objeto contra el mismo titular dominial, si éste hubiese tomado la cosa sin el consenso institucional correspondiente. Este laberinto de posibilidades puede resultar inentendible para el hombre común, y entendemos su confusión,

pero es la única respuesta posible en el respeto a la ley y a las reglas democráticas en el Estado de Derecho.

Amén de la legitimación establecida, la normativa del artículo 2245 expresa que pueden accionar los poseedores o tenedores de cosas, de universalidades de hecho o de partes materiales de cosas. Esto es coherente con aquello que hemos establecido al especificar cuál es el objeto posible de una relación de poder.

En igual sentido, el mismo texto legal explicita que cuando estemos ante una relación de poder concurrente, es decir, cuando dos o más posean la misma cosa, cualquiera de los coposeedores puede ejercer la acción defensiva. Y que, si el demandado es un tercero, para accionar, aquél coposeedor no necesita del consentimiento de sus pares. Recordemos que la concurrencia está regulada en el artículo 1913 del Código, y fija una excepción al carácter exclusivo de la posesión. La comunidad de poseedores sólo se admite cuando las relaciones de poder sobre la cosa no sean de igual especie o cuando no se excluyan entre sí. Esto permite, por ejemplo, el fenómeno posesorio conjunto que ejercen los condóminos.

En similar sentido, cualquier coposeedor puede accionar contra uno, varios o todos sus pares si lo turban o lo excluyen en el ejercicio de su relación de poder con la cosa. Sobre tal aspecto, la norma aclara que si la acción es entre coposeedores, el objeto del debate no puede consistir en la disputa por la mayor o menor extensión de cada parte. Es lógico, porque de ser así se estaría decidiendo una cuestión de derecho, para lo que los resortes a accionar son otros. Es decir, el proceso entre pares simplemente se reduce a efectivizar o mantener la relación de poder que le corresponda sobre la cosa.

El último párrafo del artículo 2245¹⁰ especifica la situación de los tenedores, cuando accionan por hechos producidos contra el poseedor. Ya establecimos que toda especie de tenedor es legitimado activo para iniciar la acción de despojo o de mantener, en tanto él sufra el ataque despojante o turbatorio. Pero aquí la norma alude a otra especie; refiere a que el tenedor podría incluso accionar en defensa del poseedor del objeto, para que éste sea reintegrado en la posesión. Es una importante definición, que habilita a ciertos actores sin sujetarlos pasivamente a las decisiones de aquellos cuya posesión representan.

¹⁰ Artículo 2245 CCyC: Legitimación...Los tenedores pueden ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que éste sea reintegrado en la posesión, y si no quiere recibir la cosa, quedan facultados para tomarla directamente

V. 1. Procedimiento y prueba

Las acciones posesorias –así las seguimos denominando a pesar de que también son de tenencia- deben tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado que fijen los Códigos de forma. Esa es la regla, honrando la necesaria finalidad de premura que urge en estos casos. Sin embargo, el texto legal del Código unificado agrega que el juez podría disponer otra especie de proceso de conocimiento según las circunstancias del caso. Así reza el artículo 2246¹¹. El agregado permite que el sano criterio del tribunal reconozca la necesidad de una vía más amplia de debate, si la complejidad de la causa lo amerita. Seguramente los órganos judiciales serán criteriosos al momento de evaluar tal extremo, interpretando, como creemos, que se trata de un camino de excepción.

En materia de prueba, el Código también fija reglas primarias que resultan muy beneficiosas para la toma de decisiones y simplificar los rigores del trámite. Así, el artículo 2243¹² presume que, ante la duda acerca de quién ejerce la posesión o la tenencia al momento de sufrirse la lesión, la tiene quien logra probar el contacto con la cosa a la fecha más cercana al acto lesivo. Esto es, que se proyectan los alcances a título de presunción, por aproximación temporal. Y esto, creemos, es coherente con la norma del artículo 1913 ya comentado, acerca de la presunción de fecha y extensión de la relación de poder. Pero aún más, el 2243 afianza el criterio y determina que aun cuando el extremo de su primera parte no logre acreditarse, debe entenderse que es poseedor o tenedor aquél que logre probar la relación de poder más antigua. Ello refleja otro principio general en la materia, que indica que quien alegue que tal sujeto ha dejado de poseer, debe probarlo.

Finalmente, para concluir este panorama referencial de las reglas generales en materia de acciones posesorias, es necesario aludir al contenido del artículo 2244¹³, que permite que pueda mutarse de una acción a otra sin perder lo tramitado, sino más bien aprovechando su recorrido. El sentido de la norma es muy loable, ya que percibe que en muchas ocasiones lo que inició como un acto turbatorio culmina por convertirse en un verdadero acto de despojo. Si se hubiese iniciado oportunamente la acción de mantener, de no existir la norma que mencionamos, debería iniciarse un nuevo proceso para intentar el recupero de la cosa. Aquí

¹¹ Artículo 2246 CCyC: Proceso. Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determine el juez, atendiendo a las circunstancias del caso

¹² Artículo 2243 CCyC: Prueba. Si es dudoso quién ejerce la relación de poder al tiempo de la lesión, se considera que la tiene quien acredita estar en contacto con la cosa en la fecha más próxima a la lesión. Si esta prueba no se produce, se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua.

¹³ Artículo 2244 CCyC: Conversión. Si durante el curso del proceso se produce una lesión mayor que la que determina la promoción de la acción, el afectado puede solicitar su conversión en la que corresponde a la lesión mayor, sin que se retrotraiga el procedimiento, excepto violación del derecho de defensa en juicio.

razones de justicia, de celeridad, de economía procesal, de coherencia y de finalidad de las herramientas defensivas, entre otras justifican lo reglado. Siempre se alude a que una lesión menor –en el caso, turbación –, ha dado lugar a una afección mayor –entonces, un despojo–, y que la conversión de una acción por otra en el mismo proceso es una posibilidad del actor que debe decidir el juez a cargo. Claro que el texto legal deja a salvo que nada de esto puede provocar un perjuicio violatorio del debido proceso, del derecho de defensa en juicio que las partes siempre tienen. Asisten aquí razones de índole constitucional y por ello de una jerarquía que dispensa de brindar mayores explicaciones.

Sin embargo, no podemos eludir comentar que esta conversión, se asimila mucho a otras previsiones normativas que se ubican en el Capítulo 3 de nuestro Título XIII, al referir a las relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales. El ítem excede la propuesta de esta breve construcción bibliográfica, pero es útil reconocer que si bien las acciones posesorias y reales no son acumulables, porque son independientes y diversos los asuntos que cada una de ellas tratan, hay ocasiones en que el tema es pasible de ser intervenido. Así, cuando se regula la posibilidad de acciones por un mismo hecho (artículo 2273); o por distintos hechos (artículo 2274); o por turbaciones o desapoderamientos recíprocos (artículo 2275); o por hechos posteriores (artículo 2276), encontramos todo un menú de previsiones que se direccionan a resolver situaciones similares a las que estamos analizando.

Culminamos recordando que, en materia de acciones posesorias, la prescripción del plazo para poder incoarlas es breve. El artículo 2564¹⁴, establece que dicho plazo es de un año. En referencia al cómputo de ese plazo, compartimos la idea de que mismo debe contemplarse desde el hecho lesivo.

V. 2. Acción de despojo

Esta es la acción que se propone reintegrar la cosa objeto de la relación a quien ha sido desposeído de ella. Es un intento por recuperar el corpus y con ello seguir ejerciendo materialmente el poder sobre la cosa. Con lo dicho, queda establecido que su procedencia implica la preexistencia de un acto de privación. Ella es la lesión que habilita al poseedor o al tenedor a accionar. Así lo define claramente la norma del artículo 2238¹⁵ en diversos tramos de

¹⁴ Artículo 2564 CCyC: Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año....b. las acciones posesorias...

¹⁵ Artículo 2238 CCyC: Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan. Las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento, tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedorHay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor...

su redacción. Y además aclara, que es una acción que se otorga ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con la intención de tomar la posesión contra la voluntad del poseedor o tenedor. Se enfatiza con este texto que no habilitan la acción las meras intenciones, o incluso la realización de actos que no evidencien o puedan interpretarse como lesiones de desapoderamiento o turbación. Es importante; no cualquier acto justifica accionar. Eventualmente podrá dar lugar a un reclamo de daños, pero no a una acción posesoria. Sin embargo, no es requisito sine qua non que el acto lesivo se haya materializado, sino que alcanza con que sea de inminente producción. Evidentemente ello alude igualmente a acciones materiales, que aún no despojan, pero que de mantenerse o avanzar en su factura lo harán.

Es necesario también advertir que la norma establece que las acciones proceden cuando los actos del demandado se lleven a cabo con la intención de tomar la posesión. Se acentúa la importancia del elemento volitivo, para no atribuir legitimación pasiva a quien carezca de tal pretensión. Pero el ordenamiento jurídico no ignora que acreditar tal intención puede resultar una prueba perversa, que vulnera las defensas que la norma quiere ofrecer al sujeto de la relación de poder. Por ello, cobra vital trascendencia el penúltimo párrafo del artículo 2238¹⁶ que establece una presunción habilitante de la acción, evaluando los hechos, objetivamente, y los efectos que causan. Con ello no es imperativo que el actor deba probar indubitadamente la intención del demandado, y por lo tanto, la manifestación de éste no inhibe por sí sola el curso de la acción.

Es más, la última parte de la norma en análisis¹⁷ establece que, si se tratara de actos que el lesionante realiza sin esa intención posesoria, darán lugar al reclamo de daños. Esto significa la posibilidad de acudir a las vías procedimentales personales tradicionales de nuestro sistema, pero no la de intentar acción posesoria alguna. Entendemos que no es tarea sencilla definir el camino a seguir y distinguir indubitadamente cuál es la acción correcta en cada caso concreto; y de allí la importancia de la pauta criteriosa de guiarse por los hechos y sus efectos que comentamos anteriormente.

En cuanto a la legitimación activa, como dijimos, de acuerdo al actual texto legal del artículo 2241¹⁸ es sumamente amplia. Se habilita a incoar la acción de despojo a todo poseedor

¹⁶ Artículo 2238 CCyC: "...La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor"

¹⁷ Artículo 2238 CCyC: "...Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños"

¹⁸ Artículo 2241 CCyC: Acción de despojo. Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso..."

o tenedor de una cosa o de una universalidad de hecho. Y la alusión a todos es plena, ya que el mismo texto señala que la gozan de esta acción aún los poseedores o tenedores viciosos, que como sabemos, son los que establecen la relación de poder más reñida con la legalidad. Celebramos la disposición, ya que en estas acciones se ventilan y debaten cuestiones de hecho, y no se resuelven asuntos referidos al derecho real o personal de las partes. Es bien diferente a lo normado por el Código Civil anterior, que distinguía legitimaciones según la especie de poseedor o tenedor, y la antigüedad de la relación de poder. Además, no tener que probar la calidad o tipo de posesión o tenencia que se ostenta, facilita el procedimiento, el acceso y los tiempos de la acción; ya que se elimina la cuestión acerca de la buena o mala fe, la anualidad en el vínculo, etc., al menos como recaudos de la acción.

Y el artículo es igualmente meduloso en cuanto a la determinación de quiénes son los eventuales legitimados pasivos¹⁹ de la acción. También con criterio amplio y razonable, se establece que se puede demandar por despojo a quien realizó el acto de despojo, lo que resulta a todas luces lógico. Pero la cuestión es que ello tiene sentido sólo si la cosa sigue en poder de ese sujeto. Por tal circunstancia, la norma continúa enumerando a los posibles accionados, y se menciona a los herederos del despojante. Los sucesores mortis causa, en su calidad de herederos de cualquier especie, en tanto estén en poder de la cosa o de la universalidad de hecho de la que el actor fue despojado, deben responder judicialmente. La referencia es absolutamente sensata, porque si la muerte del despojante extinguiera las posibilidades de iniciar o continuar la acción, se debilitaría severamente al despojado. Sin embargo, se debe recordar que la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular, según reza la norma del artículo 1935 cuando analiza los efectos de las relaciones de poder respecto a los frutos y productos.

Es de destacar que la norma explicita que la acción también procede contra quien sea el dueño de la cosa o universalidad en debate, si las hubiese tomado por su propia autoridad. Lo primero que diremos es que cuando el texto alude al titular dominial, no se agota en él de manera taxativa. Consideramos que de igual manera procedería contra el condómino, el titular de propiedad horizontal, el usufructuario, y, en fin, cualquiera de los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión. La referencia al dueño permite evaluar que quien puede lo más, puede lo menos, y así los restantes sujetos activos de derechos reales podrán igualmente

¹⁹ Artículo 2241 CCYC: "...contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad"

ser demandados. En cualquier caso, la mención es interesante, porque enfatiza que en estas acciones no prima la cuestión del derecho; insistimos, son trámites para dirimir situaciones fácticas, y por ello es que el mejor derecho formal del demandado podría no otorgarle el éxito en la acción. Ello parece violentar criterios de sentido común muy arraigados en la sociedad en general, pero en verdad resulta una respuesta técnica, ajustada a las reglas del estado de derecho, que desalientan las actuaciones de la llamada justicia por mano propia.

Finalmente, diremos que se menciona como legitimados pasivos a los sucesores particulares de mala fe. Se entiende que alude a aquellos que resulten sujetos de una relación de poder sobre la cosa o universalidad, por otras vías distintas a las de la sucesión mortis causa. En tal caso, creemos comprende tanto a quienes las reciban del despojante como a quienes lo hagan de sus herederos. Es evidente que no alude a terceros que a su vez hubiesen despojado al despojante, porque ellos ingresarían en la primera de las categorías de la norma y serían pasibles de la acción per se. En el caso especial de estos terceros, la norma requiere que sean de mala fe; lo que permite interpretar que los que sean de buena fe pueden repeler los efectos de la acción. Es interesante recordar que la buena fe se presume, excepto si hubiesen adquirido las cosas de manos de quienes habitualmente no hacen tradición de las mismas y carecen de medios para adquirirlas, si el título es de nulidad manifiesta, o si tratándose de ganado marcado o señalado el diseño fue registrado por otra persona; todo ello según letra del artículo 1919 del Código vigente. Y si bien refiere a cuestiones de derecho, particularmente a la transmisión de derechos personales o reales sobre cosas registrables, es interesante mencionar las previsiones del artículo 392²⁰ del CC y C. Allí se exceptúa de la acción a los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso; pero se aclara que ello no los protege si en el acto de transmisión no participó el titular del derecho. Ello es importante, porque amén de que la onerosidad y la buena fe fungen habitualmente como una campana tuitiva en nuestro sistema, es dable aguardar del adquirente la diligencia suficiente para consolidar la buena fe que se presume a su favor. Así, solicitar un informe de dominio tratándose de cosas registrables es un acto que debe llevar a cabo para ser reputado de buena fe. Si lo hace, por ejemplo, podrá advertir si el titular forma parte del acto del que pretende ser parte. Por otro lado, aquí es necesario recordar que el texto legal califica en general como poseedores o tenedores a los que siendo ilegítimos —es decir,

²⁰ Artículo 392 CCyC: Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

carecen de derecho personal o real sobre la cosa-, conocen o pueden conocer que carecen de ese derecho. Ello se interpreta a contrario sensu del artículo 1918 que alude a la buena fe en las relaciones de poder. Todo esto con independencia de los supuestos en los que la mala fe ha de presumirse, por excepción, y a lo que ya hemos referido.

En su segundo párrafo el artículo 2241 que estudiamos, incorpora la **acción de obra nueva**, ya conocida en el derecho argentino, definiéndola como una subespecie de la acción de despojo. Opera cuando el desapoderamiento es resultado de la realización de una obra que se inicia sobre la cosa que es objeto de la relación de poder de un tercero. Es una decisión lógica, ya que construir en predio ajeno implica su despojo, en todo o en parte. Consideramos que específicamente aquí se requiere que la obra esté en proceso, ya que una vez consumada dará lugar a la acción de despojo propiamente dicha, o, eventualmente, a la reivindicatoria si procediera.

Si de la acción en análisis resulta una sentencia favorable al actor, la misma debe ordenar la restitución de la cosa, o la remoción de la obra que se está realizando, según se trate de una acción de despojo o de una acción de obra nueva. En este último caso, se insiste en que se ordenaría la remoción de la obra que se comienza a hacer, lo que confirma nuestra posición de que no trata de una obra ya consumada. Y culmina la norma, por si alguna duda hubiese, que dicha sentencia tiene valor de cosa juzgada material respecto a la posesión o a la tenencia. Esta última referencia tiene implicancias de consideración, porque no sólo califica los alcances materiales de la resolución, sino que enfatiza que ella no define cuestiones de derecho. Además, reiteramos que, si el sujeto que no ha sido complacido en su pretensión, puede y decide iniciar la acción real pertinente, debe satisfacer primero y plenamente las condenas producidas en su contra en la acción posesoria²¹. Ello se regula en el Capítulo 3 de este Título al tratar la cuestión de las relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales.

V. 3. Acción de mantener

Bajo el epígrafe *acción de mantener la tenencia o la posesión* el artículo 2242²² regula esta vía de defensa judicial.

²¹ Artículo 2272 CCyC: Cumplimiento previo de condenas. Quien sea vencido en el juicio posesorio, no puede comenzar la acción real sin haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra.

²² Artículo 2242 CCyC: Acción de mantener la tenencia o la posesión. Corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto. Esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra. La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar el cese de la turbación y adoptar medidas pertinentes

Se reiteran varios conceptos ya mencionados al regular la acción de despojo, lo que facilita su entendimiento y economiza disposiciones. Así, se expresa que la legitimación activa corresponde a todo poseedor o tenedor, aún vicioso; y que la sentencia tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto refiera a la posesión o a la tenencia.

Integrando norma y conceptos, sabemos que esta acción procede ante actos de turbación, que no han provocado el desapoderamiento de la cosa. Por ello es que el actor pretende que se ordene judicialmente al turbador que cese en sus actos y que se adopten las medidas que impidan que vuelvan a producirse los actos perturbatorios.

Aquí, amén del tipo de lesión que habilita la acción, el otro dato de identidad de la acción es el referido a los legitimados pasivos de la misma. Atento a que se trata de actos que se están realizando y que menoscaban la relación de poder del actor sin excluirlo de la cosa o universalidad de hecho, la acción puede dirigirse contra todo aquel que esté realizando tales actos. Aquí no es pasible de pensar en los herederos o terceros particulares, ya que la comisión de las conductas turbatorias implica un protagonista presente.

Sin embargo, la norma explicita que la acción de mantener también opera cuando el demandado está llevando a cabo actos que representan una amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento; es decir, todo lo que permita acreditar el riesgo cierto del despojo que aún no se consumado, todo ello en correspondencia con el primer párrafo del artículo 2238 que comentamos oportunamente. Asimismo, se otorga la acción de mantener cuando se presentan actos que anuncian la inminencia de una obra. Esto último es coherente con la acción de obra nueva que cobija el texto de la norma anterior.

En síntesis, se trata de una acción que pretende recuperar el ejercicio pleno de la posesión o de la tenencia o impedir que ella se vea conculcada; todo ello cuando aún el actor sigue ostentando el corpus efectivo de la cosa o universalidad.

Es sabido que el texto del nuevo Código Civil y Comercial no regula, al menos expresamente, la acción de daño temido o de obra vieja, que sí contemplaban las anteriores legislaciones. Sin embargo, adherimos a la interpretación de algunos juristas de nuestro país que consideran que es posible hallar sustento para intentarla en la letra de los artículos que regulan el deber de prevención del daño, en el Título V del Libro Tercero, bajo el acápite *otras fuentes de las obligaciones*. Allí, el artículo 1710 impone a toda persona, en tanto de ella depende, el deber de prevención del daño; y así evitar causar un daño no justificado y adoptar

para impedir que vuelva a producirse; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

de buena fe y según las circunstancias todas las medidas que resulten razonables para evitar que se produzca un daño. Para consolidar tal deber, el artículo 1711 prevé la acción preventiva y establece cuándo procede, que es cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Y además explicita que para intentar dicha acción preventiva no se exige como requisito que concurra factor de atribución alguno. En cuanto a quiénes pueden intentar la acción –el artículo 1712 reza - *legitimados para reclamar*- los que puedan acreditar un interés razonable en la prevención del daño. Nosotros creemos que a esta expresión hay que interpretarla ampliamente, reconociendo el interés en todo sujeto que advirtiendo el posible daño que pueda derivar de, por ejemplo, un inmueble en ruinas o en franco deterioro, inste la acción de la autoridad pertinente. Ello condice, consideramos, de un modo más estricto con la leyenda ya mencionada del artículo 1710 cuando encabezando su texto dispone *toda persona*. Si admitimos eso, se concluye que no es necesario contar con un legitimado pasivo en sentido estricto, ya que la actuación puede concretarse en una presentación, denuncia, declaración, ante la autoridad administrativa o judicial para que se tramite el procedimiento que corresponda. El conjunto de normas que estamos referenciando, concluye para nuestro análisis estableciendo que la sentencia que admita esta acción preventiva debe disponer, a petición de parte o de oficio, las obligaciones que sean necesarias, evaluando criteriosamente los que resulte menos restrictivo y de medio más idóneo para asegurar el resultado más eficiente atendiendo a la finalidad de este instituto preventivo. Así lo propone la norma del artículo 1713 al pautar cuál debe ser el contenido de la sentencia

VI. Reflexiones finales

Este panorama de análisis normativo que compartimos, se propone consolidar el reconocimiento valioso de las herramientas que el ordenamiento jurídico establece como mecanismos defensivos para el mantenimiento o recuperación de las relaciones de poder.

Los aportes que deseamos realizar se encaminan a enfatizar el reconocimiento explícito de la posesión y de la tenencia como las únicas relaciones de poder efectiva sobre las cosas o universalidades de hecho que se admiten en la legislación patria; y a ponderar positivamente la superación y claridad normativa actual para la concreción de los instrumentos de defensa.

Se profundiza el principio de la necesidad de la respuesta institucional en lugar de impulsar las actuaciones privadas, amén del reconocimiento extremo y excepcional de la legítima defensa cuando se reúnan los recaudos taxativos de ley.

Adherimos y celebramos la síntesis a la que arriba el derecho vigente, reuniendo en sólo dos acciones – la de despojo y la de mantener- todos los extremos posibles y legitimando de

manera amplia a todos los poseedores y tenedores, eliminando la escabrosa y oscura referencia de los textos legales derogados.

Creemos también, que las normas actuales concretan presunciones y reglas facilitadoras para la actuación e interpretación tanto de los particulares afectados como de los órganos jurisdiccionales actuantes. En tal sentido, es un acierto reunir en un título común a las acciones posesorias y a las acciones reales, porque ello brinda integridad y coherencia sistémica a estos recursos tuitivos. Y porque al establecer reglas generales, fungen como principios rectores que orientan y fortalecen el proceso.

Finalmente, diremos que la saludable propuesta normativa que recicla y mejora el escenario de las acciones posesorias, queda-como gran parte de las propuestas de este Código Civil y Comercial- a expensas de una honesta y adecuada interpretación y actuación de los órganos estatales responsables y de todos los operadores jurídicos en general. Es decir, el buen logro de los saludables objetivos y fundamentos que justifican las actuales ofertan normativas, requieren vitalmente de aires renovados y coherentes con la télesis de todo el complejo jurídico del Código. Sólo de esa manera se evitará una experiencia de gatopardismo gris, en el que podríamos sumirnos, simulando que promulgamos grandes cambios para que poco o nada se transforme. Como pocas otras veces en nuestra historia del derecho, este tiempo libera y otorga posibilidades de co-creación jurídica a todos los actores con algún grado de participación en el amplio territorio de lo jurídico. Debemos asumir con compromiso y valentía el desafío. De esa manera no solamente se realizarán los propósitos y metas valiosos del sistema, sino que el mismo será más apto y permeable a incluir y reconocer las necesidades y derechos de cualquier vulnerable.

VII. Fuentes y bibliografía

- a) Código Civil y Comercial de la Nación.
- b) Gurfinkel de Wendy, Lilian, “Derechos Reales – Segunda Edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – Tomos I y II; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires; 2016.
- c) Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, “Derechos Reales – En el Código Civil y Comercial Tomo 1 y 2; editorial Zavalía, Buenos Aires, 2016.
- d) Molina Quiroga, Eduardo, “Manual de Derechos Reales”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015.
- e) Sánchez Herrero, Andrés (Director), “Tratado de Derecho Civil y Comercial Tomo VI Derechos Reales; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2016

HACIA UN DERECHO PRIVADO GÉNERO-SENSITIVO: ABOGAR Y JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DIVERSIDAD

Liliana Aída Beatriz Urrutia¹

*El derecho posiblemente sea la más sexista
de las instituciones patriarcales*
Alda Facio

RESUMEN

El presente trabajo es una primera aproximación al estudio del Derecho Privado con perspectiva de género y diversidad. Para ello, en primer lugar, nos preguntamos qué es juzgar con perspectiva de género y diversidad; luego, estudiamos el marco normativo desde un enfoque constitucional-convencional y en diálogo con otras fuentes del derecho; y, por último, analizamos la casuística relevada de diversos tribunales y del sistema interamericano con la finalidad de elaborar reglas aplicables a los casos atravesados por la situación de especial vulnerabilidad de estos colectivos.

Palabras claves: Derecho Privado – Perspectiva de Género y Diversidad

I. Consideraciones preliminares

En primer lugar, debemos considerar que el patriarcado es un sistema político-histórico-social basado en la construcción de desigualdades, que impone la interpretación de las diferencias anatómicas entre varones y mujeres, construyendo jerarquías: la superioridad queda a cargo del género masculino y la inferioridad asociada al género femenino. Los sistemas patriarcales introducen el dominio sobre las mujeres y los niños y niñas, conducen a que éstos

¹ Abogada (UNR), especializada en Derecho de Daños (UCA); Actualización en Derecho de Daños (U.Salamanca); Profesora Adjunta de Obligaciones, Derecho de Daños y Ciclo de Formación Especial de la Facultad de Derecho (UNR); Directora Proyecto de Investigación N° 80020220600130UR: La perspectiva de género y diversidad en el Derecho de Daños desde un enfoque transversal y de interseccionalidad, Facultad de Derecho (UNR); autora de diversas publicaciones. Correo electrónico: urrutiaabogada@hotmail.com

no solamente acaten, sino que finalmente consientan en defenderlo o en formar parte de él como algo inevitable y natural.²

En este sentido, Alda Facio se refiere a las ideologías patriarcales, que no sólo construyen las diferencias entre hombres y mujeres, sino que las construyen de manera que la inferioridad de éstas es entendida como biológicamente³ inherente o natural.⁴ Es así que estas desigualdades se hallan naturalizadas⁵ a punto tal de invisibilizar la violencia, como sucede cotidianamente con la violencia simbólica. Cuanto más sutil, más efectiva.⁶

Si el hombre es percibido como el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden principalmente a las necesidades e intereses del varón y, cuando mucho, a las necesidades o intereses que el varón cree tienen las mujeres.⁷

Cuando el hombre es percibido como el centro del universo, su perspectiva es la que mira y evalúa todas las cosas. Más aún, cuando el hombre no sólo es el centro sino que es el paradigma de lo humano, su perspectiva se convierte en una no perspectiva, en una verdad.⁸

El derecho como producto cultural no es ajeno a estas ideologías patriarcales; por eso el derecho fue y sigue siendo androcéntrico.⁹

Ahora bien, para poder incorporar una perspectiva de género en el derecho, se requiere primero ver y comprender todas las formas en que las miradas de los varones se ha asumido como humana, y corregirlas. Esta tarea no es nada fácil, ya que –como lo expresáramos– muchas de las manifestaciones del sexismo son percibidas tanto por hombres como por mujeres

² GIBERTI, Eva, *La familia a pesar de todo*, Ed. Novedades Educativas, Bs. As., 2.005, pág. 41.

³ Simone de Beauvoir sostuvo que la jerarquización de los sexos es una construcción social, no una cuestión de biología. La condición de la mujer en la sociedad es una construcción de la sociedad patriarcal, que tuvo su comienzo con el surgimiento de la propiedad privada. (DE BEAUVOIR, Simone, *El Segundo Sexo*, Título original: *Le Deuxième Sexe*, París, 1.949)

⁴ FACIO, Alda – FRIES, Lorena, *Feminismo, Género y Patriarcado*, en Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Año 3, Nro. 6, 2.005, págs. 259/294.

⁵ La representación androcéntrica de la reproducción biológica y de la reproducción social se ve investida por la objetividad de un sentido común, entendido como consenso práctico y dóxico, sobre el sentido de las prácticas. Y las mismas mujeres aplican a cualquier realidad, y, en especial, a las relaciones de poder en las que están atrapadas, unos esquemas mentales que son el producto de la asimilación de estas relaciones de poder y que se explican en las oposiciones fundadoras del orden simbólico. Se deduce de ahí que sus actos de conocimiento son, por la misma razón, unos actos de reconocimiento práctico, de adhesión dóxica, creencia que no tiene que pensarse ni afirmarse como tal, y que “crea” de algún modo la violencia simbólica que ella misma sufre (BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Trad. Joaquín Jordá, Título original *La domination masculine*, París, 1998, Ed. Anagrama, Barcelona, 2.000, pág. 49).

⁶ Cuanto más disimulada y sutil sea esta violencia, mayor será su eficiencia para mantener despierta y clara la memoria de la regla impuesta y, al mismo tiempo, podrá preservar en el olvido el carácter arbitrario y poco elegante de la violencia fundadora así como los placeres propios del mundo que ella negó. (SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 2da. ed., Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2.010, pág. 105)

⁷ FACIO, Alda, *Feminismo ...*, cit.

⁸ *Idem*.

⁹ FACIO, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, 1ra. ed., ILANUD, Costa Rica, San José, 1.992, pág. 54.

como “naturales”. Además, debido a que la mirada de los hombres ha pasado por tantísimos siglos como una mirada “neutral”, es difícil reconocerla para desarticularla. Más aún, en el campo del derecho que se concibe a sí mismo como una disciplina objetiva a pesar de que su instrumento es el lenguaje, posiblemente la más sexista de las instituciones patriarcales.¹⁰

II. ¿Qué es abogar y juzgar con perspectiva de género y diversidad?

Preliminarmente, debemos partir por reconocer y respetar el principio constitucional-convencional de igualdad, no discriminación e inclusión de las personas, no sólo desde la declamación formal, sino, que sea una igualdad efectiva, para lo cual debemos echar mano los y las operadores del derecho¹¹ de las acciones positivas (art. 75, inc. 23 C.N.) y de las herramientas jurídicas existentes y a crearse en base a la plataforma tutelar que nos brinda nuestra Constitución y los Tratados de Derechos Humanos en diálogo con todas las fuentes del derecho, e, incluso del *soft law*, v.gr. las Reglas de Brasilia.

Ahora bien, cuando nos referimos al género y la diversidad como categoría de análisis es necesario establecer qué entendemos por género y diversidad, y, luego, de qué trata la perspectiva de género.

Un hito histórico fundamental en la lucha de las mujeres por la igualdad y la no discriminación, fue la distinción que se estableció entre sexo y género; ya que permitió entender que la única diferencia “natural” o biológica entre mujeres y hombres se encuentra en las características físicas de sus órganos sexuales. De esta manera, el sexo de las personas se refiere a su anatomía. Mientras que el concepto de género hace referencia a todas aquellas prácticas, valores, costumbres y tareas que la sociedad —y no la naturaleza — le ha asignado de forma distinta a cada uno de los sexos, de manera que tenemos un género femenino y un género masculino. El valor político de esta distinción es enorme, en la medida en que las tareas y responsabilidades asignadas a cada uno de los géneros son obra de la sociedad.¹²

Así pues, el género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidas a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados.¹³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende que la perspectiva de género es un método de análisis de la realidad que permite visibilizar la

¹⁰ FACIO, Alda, *Feminismo ...*, cit.

¹¹ Léase: quienes abogan y quienes imparten justicia en colaboración con todos los funcionarios del sistema judicial.

¹² MEDINA, Graciela, *Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?*, TRLA LEY AR/DOC/4155/2016.

¹³ Ob. cit.

valoración social diferenciada de las personas en virtud del género asignado o asumido, y evidencia las relaciones desiguales de poder originadas en estas diferencias. En este sentido, ha manifestado, de manera reiterada, que la perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y las personas LGBTI, ya que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres por razón de su género; erradicar la falsa premisa de la inferioridad de las mujeres a los hombres y visibilizar y abordar estereotipos y prejuicios que facilitan la discriminación por motivos de orientaciones y características sexuales, identidades de género diversas.¹⁴

Asimismo, la Comisión recomienda a los Estados partes, en especial, que adopten medidas específicas para contrarrestar prejuicios, costumbres y cualquier otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad de las mujeres y las personas LGBTI.¹⁵

Concluyendo, podemos afirmar que abogar y juzgar con perspectiva de género constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (CEDAW, art. 4.1) y a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, o por la orientación o identidad sexual (CEDAW, art.5.a; Convención Belem do Pará, art. 6; Principios de Yogyakarta).

III. El marco normativo protectorio: derechos humanos de las mujeres e identidades diversas

En este acápite expondremos el marco normativo tutelar desde un enfoque constitucional-convencional y en diálogo con otras fuentes del derecho a los fines de su interpretación y aplicación en casos concretos abordados con una mirada género-sensitiva.

Así, *prima facie* mencionaremos los hitos que fueron marcando el rumbo en la materia:

- En 1.994, la Reforma de la Constitución Argentina y la incorporación de los Tratados de DDHH (CADH, CEDAW y otros).
- En 2.009, se dictó la Ley 26.485 de protección integral de las mujeres, acorde con la Convención de Belem do Pará; y, luego, se sucedieron otras: Ley 26.618 de

¹⁴ CIDH, Comunicado N° 198/21, *La CIDH llama a los Estados de la región a aplicar el enfoque de género como herramienta para combatir la discriminación estructural en contra de las mujeres y personas LGBTI*. On line: <https://oas.org/es/cidh/jsform/?file=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/198.asp> (Consulta: 29-09-2023)

¹⁵ *Idem*.

matrimonio igualitario; Ley 26.743 de identidad de género (sin perjuicio de algunas anteriores: ley antidiscriminatoria).

- En 2.015, se sancionó un nuevo Código Civil y Comercial, donde se consolidó la constitucionalización del Derecho Privado, que se venía gestando.
- En los últimos años, la transversalización de la perspectiva de género y diversidad en el Derecho Privado en evolución (v.gr. el proyecto de C.D.C.¹⁶); y
- La casuística en transformación: abogar y juzgar con perspectiva de género y diversidad.

En cuanto al marco normativo, en primer lugar, haremos referencia a los principios rectores, que emanan de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos.

Los principios de igualdad y no discriminación e inclusión

Los principios de igualdad y no discriminación¹⁷ son los preceptos fundantes de la reivindicación de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes, e identidades diversas. En materia de igualdad para las mujeres es relevante destacar cómo los diferentes casos de violación de derechos exponen patrones estructurales de discriminación,¹⁸ y lo mismo sucede con las personas LGTBIQ+.

El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”.¹⁹

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) los principios de igualdad y no discriminación se encuentran reconocidos en dos de sus instrumentos principales, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH, art. II) y en la

¹⁶ El proyecto de Código de Defensa del Consumidor de 2018, presentado por la Comisión reformadora integrada por Carlos Hernández (integrante y coordinador), Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muño, María Eugenia D’Archivio, María Belén Japaze, Leonardo Lepísopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajtraub. Puede verse: *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Homenaje a Rubén Stiglitz*, SANTARELLI, F. y CHAMATROPULOS, D. (Directores), LA LEY, Suplemento especial, marzo 2019.

¹⁷ FACIO, Alda, *El derecho a la no discriminación*, en Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano, IIDH, Costa Rica, 2.009, pág 14, dice que el término discriminar “... en el derecho internacional de los derechos humanos, ... hace referencia al trato de inferioridad, exclusión o estigmatización dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, sexuales, étnicos, religiosos, políticos, etéreos, ideológicos, lingüísticos, de ubicación geográfica, de filiación, de discapacidad y de estatus migratorio, entre otros.” “En la perspectiva de los derechos humanos, discriminar a una persona o a una colectividad consiste en privarle activa o pasivamente de gozar de los mismos derechos que disfrutan otras. De ahí la estrecha relación que existe entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación.” On line: en <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/89> (fecha de consulta: 29-11-2.023)

¹⁸ *Los Lentes de Género en la Justicia Internacional. Tendencias de la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los Derechos de las Mujeres*, CLADEM, Perú, Lima, 2.011, pág. 23.

¹⁹ *Idem*.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, arts. 1º y 24).

En el ámbito universal, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece en su art. 1º qué se entiende por "*discriminación contra la mujer*".

Por su parte, en la introducción a los principios de Yogyakarta²⁰ se afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

Estos principios tienen como finalidad orientar la interpretación y aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, y, asimismo, ratifican los estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Además, cada uno de los principios va acompañado de recomendaciones detalladas a los Estados.

La Constitución Nacional y los Tratados de DDHH

Nuestra Carta Magna ha incorporado en su artículo 75, inc. 22, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, dándoles rango constitucional. Asimismo, dispone que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva, que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23). Así, se establece la necesidad de una tutela especial para grupos de personas vulnerables.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),²¹ son algunos de los instrumentos internacionales que tutelan los Derechos Humanos de las mujeres e identidades diversas. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)²² y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

²⁰ www.yogyakartaprinciples.org

²¹ Instrumentos internacionales expresamente incorporados en el artículo 75, inciso 22 de la C.N.

²² *Ibidem*.

contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)²³, y los Principios de Yogyakarta son los instrumentos protectorios específicos.

La legislación especial

Además del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuyas normas de Derecho Privado son aplicables en materia de derechos de las personas, privacidad e intimidad, imagen, integridad, derecho al proyecto de vida familiar, a la reparación integral, entre otros, existen leyes específicas que abordan la temática.

La ley nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres persigue, entre sus fines, la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones, la remoción de patrones socio-culturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres (arts. 2 y 7), y regula expresamente las violencias contra las mujeres (arts. 4, 5 y 6).

La ley 23.592 de actos discriminatorios (1.988) establece que aquella persona que arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligada, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (art. 1º).

Expresamente esta norma contempla la prevención y reparación del daño por actos discriminatorios que menoscaben el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales de lo/as ciudadano/as en un pie de igualdad, entiéndase igualdad real de trato y oportunidades (art. 75, inc. 23 C.N.).

Asimismo, y atendiendo a la transversalidad del tema son aplicables otras leyes, como ser las de violencia familiar, de identidad de género, de protección integral de niñas, niños y adolescentes, de defensa del consumidor, de servicios de comunicación audiovisual, etc. Es por ello, que siguiendo la doctrina del diálogo de fuentes²⁴, ante un caso concreto puede ser necesaria la “aplicación simultánea” de reglas provenientes de diferentes fuentes, por ejemplo,

²³ Convención ratificada por Ley 24.632.

²⁴ La doctrina del “diálogo de fuentes” fue desarrollada por Erik Jayme y compartida por autores/as de la talla de Claudia Lima Marques, Gonzalo Sozzo, Noemí Nicolau, Carlos Hernández, Sandra Frustagli, entre otros.

para regular diferentes aspectos del caso. Es “un diálogo de aplicación simultánea” del código civil y comercial, la ley microsistémica y, tal vez, incluso las leyes especiales.²⁵

IV.- La casuística

Como ya lo hemos expresado, en estos últimos años se viene dando una transformación en la Justicia; por lo que comentaremos algunos casos que fueron resueltos con perspectiva de género y diversidad.

1. *Un caso de rescisión contractual con enfoque de género*

El Señor R. había firmado con la sociedad demandada un contrato asociativo de explotación tambera, el cual es rescindido por la empresa titular, invocando como causal hechos de violencia ejercidos por el tambero en contra de su mujer.

El encuadre contractual se da en el marco de la ley 25.169 sobre explotación tambera y la causal de rescisión invocada por la empresa demandada se funda en la mala conducta del tambero (conf. el artículo 11, inciso a, apartado 3, de la mencionada ley). El Señor R. niega los hechos y reclama por incumplimiento contractual los daños y perjuicios irrogados por rescisión sin causa, obteniendo una sentencia favorable en primera instancia.

La empresa demandada apela el decisorio, que es resuelto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones de Azul²⁶, abordando el *thema decidendum* con enfoque de género. Adviértase que si bien se trataba de un caso de rescisión contractual, donde la discusión versaba sobre si la misma era con causa o sin causa, el motivo que dio origen a dicha rescisión fue precisamente los hechos de violencia que ejercía el tambero a la Señora M.

Así planteado el tema, se pone en debate si el conflicto familiar que constituyó la causal de rescisión corresponde al ámbito privado o público. El fallo de primera instancia sostuvo que correspondía al fuero íntimo o privado de las personas, y por tanto, hace lugar a la demanda entablada por el actor, condenando a la firma demandada al pago de la indemnización por rescisión incausada prevista en el artículo 11, inciso b) de la ley 25.169.

En cambio, la Cámara de Apelaciones a partir de indicios claros y contundentes²⁷ tuvo por acreditado que el Sr. R. mantenía una relación de pareja con la Sra. M. y que, sin perjuicio

²⁵ SOZZO, Gonzalo, *La resistematización de la regulación del consumo en el proyecto de Código Civil 2012*, en Revista de Derecho Privado, Año 2, N° 4, Ed. Infojus, pág. 79.

²⁶ C.Apel., Sala I, Azul, “R.S.A. c. A. SA. y otro s. daños y perj. inc. contractual”, Causa N° 1-61255-2016, Acuerdo del 13-12-2016. Disponible on line: https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=41992&base=14 (fecha de consulta: 29-11-2023)

²⁷ En los considerandos del Acuerdo, la vocal preopinante hace mención del desistimiento por parte de la empresa demandada del testimonio de la Señora D. M., cuya exposición civil ante la Comisaría de la Mujer se ha adjuntado, resaltando que probablemente no se la ha querido exponer a una situación de enfrentamiento con el

de hallarse a la fecha del hecho desencadenante de la rescisión, separado de ella, el mismo continuaba hostigándola.

En este punto y entendiendo que los hechos de violencia existieron, la Alzada procedió a analizar qué implicancia pudieron tener los mismos en el ámbito laboral, teniendo en cuenta principalmente que fueron actos de violencia hacia una mujer, que ambos trabajaban en el mismo establecimiento tambero y si, en consecuencia, los mismos pueden ser considerados causal justificada de rescisión contractual.

En sus fundamentos, el Tribunal afirma que es sabido que en los trabajos que se desarrollan en el campo implican la convivencia diaria en el lugar, como en este caso, por lo cual el ámbito privado de los trabajadores puede traer implicancias a nivel laboral y hasta distintas responsabilidades. Es por ello, que se desdibuja el ámbito privado del ámbito concreto de la prestación, tanto a nivel espacial como temporal.

Concluye al respecto, que frente a hechos de violencia perpetrados contra una mujer y conforme la legislación específica (CEDAW, Convención Belem do Pará, ley 26.485), no procedía otro camino que la rescisión del contrato a fin que el Sr. R. no tuviera la ocasión (al menos en el ámbito laboral) de abordar a la Sra. M.

El enfoque de género que realiza la Camarista se sustenta en la transversalidad que impone la ley 26.485 en el abordaje de la violencia de género para su prevención y tratamiento.²⁸

En suma, nos encontramos frente a una sentencia ejemplar que pudo haber resuelto el caso de la misma forma, realizando el encuadre jurídico que le dio sin ahondar y transversalizar la problemática de la violencia de género, bastando argumentar que el hecho encuadraba en la

actor ante los hechos que la misma expusiera; y agrega que dicho desistimiento en su caso no puede poner en duda que los hechos de violencia no existieran tal cual. Es dable destacar sobre este punto, la mayor amplitud probatoria, donde serios indicios pueden conducir a presunciones válidas, ya que en casos como éste de violencia contra la mujer, exponerla a una audiencia o declaración frente a su agresor importaría su revictimización.

En las cuestiones referidas a la violencia de género esta Sala reiteradamente ha resuelto: “Y en esa línea, no ha de perderse de vista que, frente a supuestos como el de marras, la denuncia de violencia resulta por sí sola indicador de que algún tipo de conflictiva existe efectivamente en el seno familiar”. (C.Apel., Sala I, Azul, “R.S.A. c. A. SA. y otro s. daños y perj. inc. contractual”, cit.).

²⁸ Así refiere, citando a Graciela Medina, que: “la ley asume la tesis de que la agresión a una mujer es una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos. Lo importante y significativo, también, es que pone esta ley en evidencia el trasfondo de género del problema, que el factor de riesgo para sufrir determinados tipos de violencia es el solo hecho de ser mujer. La norma parte de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación tanto en el ámbito institucional e ideológico como en el psicológico. Este poder del varón se legitima y mantiene al dividir el mundo social en dos esferas, una pública o de la producción, y una privada-doméstica del cuidado. La interiorización de esta división y la coexistencia de ambos dominios están tan arraigadas que han contribuido a aceptar tácita y explícitamente la superioridad del varón sobre la mujer y la necesidad de dependencia de las mujeres, es decir, la asimetría de la posición de los sujetos..” (MEDINA, Graciela, “Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 16/17).

mala conducta del tambero asociado para la rescisión contractual (conf. art. 11, a, 3, ley 25.169). Sin embargo, el Tribunal juzgó con perspectiva de género o, bien podemos decir, que estamos frente a una sentencia género-sensitiva.

2. *Violencia económica contra la mujer: acción de enriquecimiento sin causa*

En este título vamos a referirnos a dos fallos resueltos por Tribunales de la ciudad de Rosario, donde el conflicto surge a partir del cese de la convivencia en una relación de familia, por bienes adquiridos o mejoras realizadas.

En el caso “*Naumik c. Aquino*”²⁹ la actora, quien había vivido en concubinato con el demandado desde 1.998 hasta el 2.005 y tenía tres hijos, pretendía el cobro del cincuenta por ciento (50%) del valor del terreno y la construcción, asiento del hogar familiar.

El Juzgado de primera instancia rechazó la demanda, argumentando que no se demostró la sociedad de hecho, y que los aportes de la actora en trabajo personal o en dinero que pudiere haber realizado son por el sostenimiento de la casa en común y la familia, despojado de toda mirada de género.

En la Alzada se estableció que el concubinato *per se* no significa sociedad de hecho (conf. art. 528 CCyCN); que la actora inició una acción de reintegro por enriquecimiento sin causa (art. 1794/1795 CCyCN); que ante la presencia de categorías sospechosas se debe morigerar la carga probatoria, y, por tanto, se acreditan los aportes económicos; y que existió violencia patrimonial. Según el voto del Dr. Cifré, se le reconoce valor económico a las tareas del hogar como a la colaboración en la construcción de la vivienda –proyecto de vida familiar-emprendimiento común.

En conclusión, la Cámara hace lugar a la acción de enriquecimiento sin causa en un cuarenta por ciento (40%) del valor total (terreno y construcción).

En sus considerandos el Tribunal de Alzada refirió a que juzgar un caso con perspectiva de género importa reconocer la existencia de patrones socioculturales -referidos a las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres- que sostienen la desigualdad de género y que son necesarios conocer al momento de decidir, en orden a revertir una situación de vulnerabilidad existente; y lo que determina la pertinencia de aplicar la perspectiva de género no es el hecho de que esté involucrada la mujer, sino que la cuestión está originada en relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas.

²⁹ CCivCom, Sala I, Rosario, “*Naumik, Patricia c. Aquino, Mario s. cobro de pesos*”, 7-09-2021.

En cuanto a sus efectos, la Cámara sostiene que la existencia de una categoría sospechosa de vulnerabilidad³⁰ tiene entonces influencia decisiva sobre la carga de la prueba. Como consecuencia de la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.

Concluye el Tribunal –según el voto de la mayoría- que la revisión del presente caso con la visión de la perspectiva de género y la doctrina de las categorías sospechosas, importa tener en consideración la inversión de la carga probatoria que de ella deriva. Por su parte el Dr. Cifré, según su voto, disiente en cuanto a la inversión de la carga probatoria y refiere a una *presunción hominis*. Así, arriba a la presunción que las tareas llevadas a cabo por la actora representan un aporte que, sin lugar a duda, tiene un valor económicamente ostensible que contribuyó a la organización familiar, a lo que se suma la colaboración de la actora en los trabajos concretos de la construcción de la vivienda (conf. art. 660 CCyC).

La figura del enriquecimiento sin causa se erige, en casos como el de marras, en un instrumento que permite evitar el despojo de personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de los desplazamientos patrimoniales que se producen a partir de la realización de un proyecto de vida en común.³¹

En otro caso³² del fuero civil y comercial de Rosario, la actora solicita, una vez producido el cese de la unión convivencial, la compensación económica y, subsidiariamente, peticiona por enriquecimiento sin causa. Se invoca la realización de aportes económicos y tareas domésticas (art. 660 y 455 CCyCN).

El juzgador aplica la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, resolviendo el caso con perspectiva de género. Afirma que las personas vulnerables requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad, esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación.

³⁰ Cuando las diferencias de trato están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” - como el género- los tribunales deben aplicar un examen más riguroso que parte de una presunción de invalidez.

³¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial*, La Ley 08.02.2021, Online: AR/DOC/209/2021.

³² Juzg.Civ.Com. 14º, Rosario, *Saucedo, María Soledad c. Sandoval, Pablo Cesar s. cobro de pesos*, 4-02-2021.

3. *Perspectiva de género en el ámbito concursal: tutela concursal diferenciada*

Las particularidades que presenta el caso³³ que comentaremos en este acápite adquieren relevancia por tratarse de un proceso concursal, en el cual la acreencia de la damnificada tuvo origen en un hecho de abuso sexual contra una niña ocurrido en un establecimiento educativo, el que frente a la sentencia condenatoria de daños y perjuicios se presentó en concurso para pagar en moneda falencial.

El Tribunal de Alzada con sustento en los principios y valores que fluyen de las convenciones internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, junto a las específicas previsiones de orden público que surgen de las leyes 26.061 y 26.485, resolvió de oficio la inoponibilidad de los efectos concursales exclusivamente respecto de la acreencia de la menor víctima de abuso sexual dentro del establecimiento educativo de la concursada. Si bien el proceso es válido para el resto de los acreedores concurrentes, exhibirá una ineficacia relativa respecto de aquélla, quien mantendrá sus derechos y/o su situación legal como si el concurso preventivo no existiera a su respecto.

Asimismo, se sostuvo que en el caso debe primar el principio de reparación plena, ya que el sometimiento de la niña víctima de abuso sexual a las reglas concursales impacta disvaliosamente sobre su acreencia reconocida en sede civil, de ahí que el Tribunal la calificó como “intangible”: solución posible tanto por quien resulta su beneficiaria como por su origen indemnizatorio.

Particularmente, se hizo referencia a la tutela diferenciada en el caso de niñas víctimas de violencia de género, puesto que si se aceptara que el crédito derivado de una indemnización por abuso sexual se redujera por efecto de lo normado en los arts. 19 y 55, LCQ, quedaría totalmente desdibujada la especial, mayor, prioritaria y efectiva tutela, además de provocarse la revictimización de la niña. Es decir, se debe garantizar la especial protección deferida a la niña, víctima de violencia de género, en relación con el tratamiento de su crédito en el proceso concursal.

Y agrega el Tribunal que los derechos especiales que tienen los NNA y las mujeres violentadas constituyen una pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema.

Así pues, se declara verificado el crédito de la niña víctima de abuso sexual y se le asigna el carácter de “privilegio autónomo” con derecho a cobro preferente en relación a los

³³ CNCom, Sala F, *Fundación Educar s. concurso preventivo*, 15-12-2021. Cita on line: TR LA LEY, AR/JUR/195646/2021. Puede verse: MICELLI, María Indiana, Una tutela concursal diferenciada, integral y efectiva, con perspectiva de género, RCCyC, Junio 2022, pág. 323.

demás acreedores concurrentes y a los que en el futuro se pudieran incorporar al pasivo concursal y se dispone el pago íntegro e inmediato de ese crédito sin sujeción a los términos del acuerdo homologado.³⁴

Además, y atendiendo al principio de reparación plena, de no revictimización y de tutela reforzada y efectiva, en casos de sujetos vulnerables, como las niñas y adolescentes víctimas de violencia de género, se declara la inconstitucionalidad del art. 19 de la Ley de Concursos y Quiebras con relación a la detención del cómputo de los intereses.³⁵

4. Responsabilidad civil médica por violencia obstétrica

Recientemente, la CoIDH dictó un fallo sobre violencia obstétrica (Brítez Arce vs Argentina), en el cual se declaró responsable al Estado Argentino por la violación a los derechos a la vida, a la integridad y a la salud, además de la protección a la familia y los derechos de la niñez.³⁶

La señora Brítez Arce presentó factores de riesgo durante su embarazo, no siendo atendida de forma adecuada por el sistema de salud. No se le suministró información sobre su estado de salud y sobre el riesgo de padecer preclamsia, como así tampoco recibió recomendaciones de cuidado. Además, cuando tuvo conocimiento de que el feto estaba muerto, tampoco tuvo información suficiente del procedimiento a seguir. La Sra. Arce falleció por un paro cardiorrespiratorio.

La Corte entendió que Brítez Arce³⁷ fue víctima de un trato deshumanizado, y la denegación de información completa sobre su estado de salud y alternativas de tratamiento constituye violencia obstétrica.

Como garantías de no repetición ordenó al Estado diseñar una campaña de difusión orientada a visibilizar los derechos relacionados con el embarazo, el trabajo de parto y el posparto, las situaciones que pueden configurar casos de violencia obstétrica, y el derecho de las personas gestantes a recibir atención en salud humanizada.

En el orden interno, nos referiremos a dos casos del fuero local; uno donde falleció la bebé por mala praxis médica, además del trato deshumanizado que recibió la madre; mientras que en el segundo, tanto la madre como la bebé estuvieron en buen estado de salud, no obstante, se vulneró el derecho al parto humanizado en cuanto a los deberes de información y buen trato, como a estar acompañada por una persona que la madre eligiera.

³⁴ Voto del Dr. Barreiro.

³⁵ Conforme el voto del Dr. Barreiro.

³⁶ CoIDH, *Brítez Arce y otros vs Argentina*, sent. 16-11-2022.

³⁷ Puede verse: CHECHILE, Ana María, *Violencia obstétrica*, RDF 110,143, TR LALEY AR/DOC/1241/2023.

En el primer caso³⁸, la madre y el padre reclaman por el nacimiento de su bebé muerta. Se resuelve que hubo mala praxis en los controles previos (error de diagnóstico), además de información y trato inadecuado.

El Tribunal hace lugar a la demanda de daños fundando su decisorio, entre otros argumentos, en el incumplimiento de la Ley de Parto Respetado (ley 25.929) y de la Ley 26.485, el trato deshumanizado y la omisión del deber de cuidado y de prevención del daño.

En el segundo caso³⁹, se demanda por los daños sufridos por violencia obstétrica. La madre reclama daño moral y, además, daño punitivo de conformidad a la ley de defensa del consumidor.

Si bien la niña y su madre gozaban de un buen estado de salud; es decir, no es un caso de mala praxis galena en los términos de la técnica médica en sí (en el parto), se demanda por violencia obstétrica por vulnerarse el derecho a un trato humanizado. Le negaron atención inmediata a pesar de la urgencia. Destrato. Estuvo sola porque el marido debió realizar los trámites administrativos, quien no pudo presenciar el parto.

Así pues, se demanda por los daños sufridos por violencia obstétrica, invocando las leyes 25.929 y 26.485; y, además, como ya lo mencionamos, se encuadra el caso en la ley de defensa del consumidor. El Tribunal sólo hace lugar a la demanda por daño moral.

La Cámara puso de manifiesto la vulnerabilidad de las mujeres gestantes (y también de su entorno) que ha de ser debidamente contemplada y considerada a la hora de resolver este tipo de pleitos, lo cual torna insoslayable remarcar la importancia de visibilizar, reconocer y proteger los derechos en juego. Se evidenció la urgente necesidad de promover la reflexión y el cumplimiento de la normativa aplicable al caso por parte de los agentes de la salud a los fines de modificar prácticas –naturalizadas– que resultan violatorias de los derechos que le asisten a las pacientes, cuyo estado de vulnerabilidad no puede quedar ajena a la modalidad de atención por lo que no sólo se debe efectuar un adecuado control clínico del progreso del parto e identificar los eventuales riesgos, sino también permitir su protagonismo, cuidar el trato y, en los casos en que no existan riesgos, respetar su voluntad.

Asimismo, como se enmarcó el caso en el sistema de protección consumeril (LDC), se estableció la inversión de la carga probatoria, colocando en cabeza de la empresa proveedora del servicio contratado la producción de la prueba. No obstante, se podrían haber aplicado las reglas propias de la tutela judicial reforzada en los casos como éste de violencia de género.

³⁸ Juzg. Civil y Comercial 3º Nom. Rosario, *Bragos, Mauro y ot. c. Sanatorio de la Mujer*, 2021.

³⁹ CámCivCom, Sala 2, Rosario, *P., L.V. y otros c. Prudencia Seguros y otros s. daños y perjuicios – defensa del consumidor*, junio 2022.

5. *Violencia de género digital*

Una de las herramientas judiciales para obtener el cese de esta forma de violencia de género son las medidas cautelares o preventivas previstas en los códigos de procedimientos, como en la legislación de fondo, entre otras, la ley 26.485 y el código civil y comercial de la nación.

El caso,⁴⁰ que comentamos sucintamente, se enmarca en una situación de violencia familiar, por lo cual, además de la denuncia, la actora solicita que el denunciado borre de su teléfono todos los videos íntimos. El juzgado que entendió en la denuncia por violencia familiar dispuso que la actora debía ocurrir por la vía, forma y fuero que correspondiera.

Adviértase que la difusión no consentida de material íntimo es una de las tantas formas de violencia de género digital. Modalidad de violencia contra la mujer recientemente incorporada a la ley 26.485 mediante el inciso i) al artículo 6.⁴¹

No obstante ello, y encontrándose en juego el derecho a la privacidad y la intimidad, podía resolverse en el marco de la tutela preventiva regulada en el art. 1710, siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, en diálogo con la ley 26.485 y los Tratados de Derechos Humanos (CADH; CEDAW; Convención de Belem do Pará).

Sin embargo, el fuero especial que entendió en la denuncia de violencia familiar se desentendió de la cautelar solicitada, disponiendo que la denunciante ocurriera ante otro fuero y por otra vía, desoyendo –como lo expresáramos- el sistema protectorio en materia de violencia de género.

Así pues, la actora apeló, y la Alzada, fundándose en la CEDAW, la Convención Belem do Pará, la C.N. y la ley 26485, art. 26 sobre medidas protectorias, amén del art. 1710 del CCyC, hizo lugar a la pretensión. Se ordenó la eliminación de los dispositivos y de la nube los videos que contuvieran material íntimo con la actora, bajo apercibimientos de multa.

Entre los fundamentos de la Alzada, podemos referir:

⁴⁰ CNC, Sala M, *Q.C., E.S. c/ T.B. s/ denuncia por violencia familiar*, 15-07-2022.

⁴¹ Se entiende por violencia digital o telemática a toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o a su grupo familiar.

En especial conductas que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres, o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea, robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace, o acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a través de las tecnologías de la información y la comunicación, o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la presente ley.

- a) en los casos como el presente se configura una tutela preventiva reforzada, por tratarse de una medida protectoria de un derecho fundamental objeto de protección preferencial. De allí el énfasis en la protección acentuada y fuerte, generalmente urgente.
- b) esa tutela especial tiene arraigo en el trato prioritario consagrado por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional respecto de la satisfacción de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables de la población, entre las que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género.
- c) se trata de las acciones afirmativas, o también denominadas “medidas de discriminación inversas”, que se corresponden con un trato (estatal) diferente fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos integrantes, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no le son reconocidos a otros grupos.
- d) la afectación a los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad constituye una regla de preferencia en el juicio de ponderación tanto para la admisibilidad como el alcance las medidas preventivas que los órganos judiciales dispongan, a pedido de la parte interesada o de oficio.

6. Discriminación por orientación sexual en el marco de una relación de consumo

En el sistema interamericano, la CoIDH resolvió, recientemente, el caso *Olivera Fuentes vs Perú*⁴², por las respuestas administrativas y judiciales brindadas ante la denuncia por un acto discriminatorio realizado por terceros en el marco de una relación de consumo.

Los hechos datan de 2004, cuando el Sr. Olivera Fuentes y su pareja afectiva del mismo sexo concurrieron a la cafetería de un supermercado de la ciudad de Lima. Un cliente se quejó por las demostraciones afectivas de la pareja, argumentando que había niños en el lugar. Es por ello, que la encargada del supermercado les señaló que debían abstenerse de su conducta afectiva o retirarse.

Ante lo sucedido, el Sr. Olivera presentó una denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor (órgano administrativo), que la declaró infundada porque no se había acreditado el trato discriminatorio por un problema probatorio, y en relación a la alegada tutela del interés superior del menor, la CPC se planteó si existía un “consenso científico sobre las consecuencias

⁴² CoIDH, *Olivera Fuentes vs. Perú*, sent. 4 febr. 2023.

de la exposición de los niños a conductas homosexuales”, considerando que los niños y niñas podían verse afectados negativamente al presenciar conductas homosexuales.

En 2005, el denunciante apeló la decisión de la CPC ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (vía administrativa), el que confirmó la resolución impugnada por falta de pruebas o indicios suficientes. Así, en 2006, Olivera acude ante la Sala contencioso-administrativa de la CSJ Lima, presentando una demanda que fue rechazada por infundada, arguyendo que las pruebas del actor eran insuficientes. Además, el Tribunal señaló que el art. 7B de la Ley de Protección del Consumidor (peruana) exigía que la carga de la prueba la tuviera quien alegaba la discriminación, no advirtiéndose que la actuación de los empleados y empleadas del supermercado hubiera sido arbitraria.

Como puede verse, se presentan dos situaciones relevantes: el tema de la carga de la prueba del hecho discriminatorio en cabeza del denunciante, y la discriminación – revictimización- por parte del órgano administrativo del Estado al tramitar la causa.

Así, en 2008, Olivera acude ante el fuero judicial, presentando un recurso de apelación ante la Sala Civil de la CSJ de Lima, la cual resolvió que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual correspondía al consumidor afectado, y que no existía certeza sobre los hechos, por lo cual debía prevalecer el derecho constitucional a la presunción de inocencia del establecimiento denunciado. En 2011, recurre en casación ante la Sala Constitucional de la CSJ Perú, la que declaró improcedente el recurso; y, por tanto, agotada la vía interna, se presenta ante el sistema interamericano de derechos humanos.

La CoIDH destacó con carácter preliminar que, en el caso de alegaciones de discriminación realizadas por actos de tercero, son las autoridades administrativas y/o judiciales las encargadas de monitorear los actos de las empresas en el marco de sus relaciones laborales y comerciales de conformidad con los estándares interamericanos e internacionales.

Asimismo, dadas las condiciones de particular desventaja en las que suelen ocurrir los episodios discriminatorios, es razonable que se exija al denunciante que acredite sólo aquello que esté en la posibilidad material de probar, lo cual se traduce en la obligación del denunciante de aportar indicios, y no sólo la simple afirmación de la existencia de discriminación, pues ella debe reflejarse en un panorama de hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación.

En consecuencia, una vez que la víctima ha presentado un caso *prima facie* en el que se acredita la existencia de un trato diferenciado y discriminatorio por parte de una empresa y dicho trato se basa en una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH, la carga de la prueba pasa al autor.

Entre las reparaciones fijadas, la CoIDH ordenó al Estado de Perú⁴³ publicar la sentencia; diseñar e implementar una campaña informativa anual de sensibilización y concientización respecto de la importancia de promover en la sociedad una cultura de respeto, no discriminación y garantía de los derechos de las personas LGBTIQ+; elaborar un plan pedagógico integral en materia de diversidad sexual y de género, igualdad y no discriminación, perspectiva de género y derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en el ámbito de consumo, así como un manual de razonamiento jurídico sobre los estándares interamericanos en casos de discriminación hacia personas LGBTIQ+; diseñar e implementar una política pública con el objetivo monitorear y fiscalizar que las empresas cumplan con la legislación nacional.

En el ámbito interno podemos recordar el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H,⁴⁴ que resolvió un caso donde se le impidió al actor ingresar al hotel con su pareja del mismo sexo, en base a una norma local (Ordenanza 96/70). El hecho se había denunciado ante el INADI y fue reconocido por el demandado.

El decisorio se fundó en normas constitucionales, en la ley antidiscriminatoria, en el código civil y comercial, en la ley de defensa del consumidor, y en la sentencia de la CoIDH “Atala Riffo”⁴⁵; y aplicó la inversión de la carga probatoria. Se consideró que la ordenanza invocada era anacrónica y contraria a principios constitucionales. Se hizo lugar a la demanda en cuanto a la reparación del daño material (en especie) y del daño moral (*in re ipsa*); además, se fijaron daños punitivos (\$100.000.-) conforme a la LDC.

V. Conclusiones

A modo de colofón, podemos delinear algunas reflexiones:

1) El derecho como producto cultural es androcéntrico; sin embargo, existe un paulatino cambio de paradigma, a partir de acciones positivas, nuevas leyes y sentencias género-sensitivas.

2) Los aportes que se obtienen al juzgar un caso con perspectiva de género sirven para dar efectividad a la cláusula constitucional de igualdad (arts. 16 y 75, inc. 22), como asimismo, a la directiva sobre acciones positivas (art. 75 inc. 23), a los fines de la igualdad real

⁴³ Las sentencias de la CoIDH conforman el corpus iuris de derecho internacional de derechos humanos; y, por tanto, aplicables a cualquiera de los estados parte del sistema interamericano de derechos humanos e incluso constituyen doctrina obligatoria a la hora de realizar el test de convencionalidad en el fuero interno. Asimismo, la CADH, en su artículo 29, se refiere a las normas de interpretación en materia de goce y ejercicio de derechos y libertades.

⁴⁴ CNC, Sala H, *P.D.N. C. General Paz Hotel s. daños y perjuicios*, 2016.

⁴⁵ CoIDH, *Atala Riffo y niñas vs Chile*, 24 febr. 2012.

de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de las mujeres e identidades diversas.

3) Cuando un caso debe ser planteado o resuelto con perspectiva de género y diversidad, contamos, entre otras, con las siguientes herramientas: la regla de preferencia en el juicio de ponderación; la inversión de la carga de la argumentación; la flexibilidad de la carga probatoria; la inversión de la carga probatoria o cargas probatorias dinámicas⁴⁶; y las presunciones a favor de la persona en situación de vulnerabilidad.

4) Es por el camino recorrido y aún por andar, que debemos mirar el derecho con gafas violetas y diversas desde la Abogacía, desde la Judicatura, desde la Legislatura, desde la Academia, desde el Ejecutivo, desde y por cada uno/a de quienes incidimos en su transformación. Desde un derecho patriarcal hacia un derecho género-sensitivo.

⁴⁶ La morigeración de las cargas probatorias implica que ambas partes deben realizar el pertinente esfuerzo probatorio, aunque se exige un empeño mayor en quien no se presente como el sujeto vulnerable dentro de la relación.



COLEGIO DE LA ABOGACIA
2º Circunscripción