

**Anuario de las
Principales
actividades
de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Sociales de la
Universidad
del Este
Año 2023**

Anuario

Principales actividades de la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad del Este

Año 2023



UNIVERSIDAD
DEL ESTE
LA PLATA

Director:
Prof. Mauro Fernando Leturia

FDCS

*Edición al cuidado de
Enrique Horacio Bonatto*

*Director Académico
Profesor Mauro Fernando Leturia
mfleturia@hotmail.com*

*Armado y paginación electrónica
Juan Bonatto Seoane
bottproducciones@hotmail.com*

*Diseño de portada realizado por el artista Matías La Plata.
Medio de Contacto: matiasleturia1@gmail.com*

*© Librería Editora Platense S.R.L.
Calle 15 n° 644 - 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina
Teléfono: (0221) 482-8070
info@editoraplatense.com.ar // www.editoraplatense.com.ar
Impreso en la Argentina- Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723*

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.442 de la República Argentina

Leturia, Mauro

Anuario: principales actividades de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad del Este / Mauro Leturia.

1a ed - La Plata: Librería Editora Platense, 2024.

394 p.; 23 x 16 cm.

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.071182

ISBN 978-950-536-585-2



LIBRERÍA
EDITORA
PLATENSE

ISBN 978-950-536-585-2



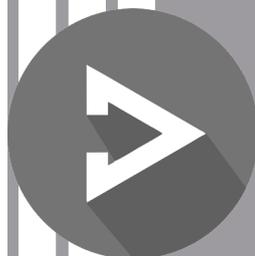
9 789505 136585 2

Índice

Presentación de la cuarta edición del Anuario.....	11
Palabras de señor Decano.....	15
Resumen de actividades de la Secretaría Académica María Lis AMAYA.....	25
Resumen de actividades de Investigación Dr. Santiago IRISARRI.....	29
Informe final del Proyecto: “Impedimenta indicandamaritali: su praxis desde una perspectiva de género”.....	37
Informe final del Proyecto: “Legitimación colectiva de sujetos vulnerables, con especial foco en consumidores”.....	68
Trabajos del quinto Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2023.....	215
1- Primer lugar: “Teatralidad y Derecho. Una reflexión sobre los puntos en común entre el teatro y el proceso judicial” Autor: Dr. Gonzalo ALBA.....	219
2- Segundo lugar: “Abstención a la hora de votar” Autor: Victoria GISVERT.....	231
3- Tercer lugar: “Algunas dudas sobre la razonable aplicación práctica del estándar de ‘más allá de toda duda razonable’” Autor: Julián FARINA BALBI.....	269
4- “Poder de policía. Una mirada positiva frente a su vigencia y operatividad en el sistema de gobierno federal”. Autor: Francisco López SIMPSON.....	269

5- “Activismo judicial y participación en la construcción de políticas públicas” Autor: Juan Manuel GALLO.....	277
6- “Legitimación material de la Ley 27551: de la expectativa a la necesidad de su reforma” Autor: María Lis AMAYA.....	299
7- “¿Existe el delito de asociación ilícita?” Autor: Marcelo BOTINDARI.....	303
8- “El Derecho a la Educación para personas con discapacidad: consideraciones sobre su evolución en la Provincia de Buenos Aires a partir de un caso testigo desarrollado ante la Justicia contencioso-administrativa local y cambio de paradigma provocado” Autores: Lautaro Ezequiel PITTIER y Ricardo Germán RINCÓN.....	313
9- “La figura del abogado/a del niño, niña y/o adolescente” Autor: Juan Segundo RODRÍGUEZ.....	327
10- “Efecto de la ley de alquileres N° 27.551. La prórroga del contrato de locación: ¿una alternativa útil para inquilinos y propietarios de la ciudad de La Plata?” Autor: Camila PEREYRA.....	335
11- “Olvido digital: ¿derecho o antídoto para proteger el honor?” Autor: Lucrecia CONTARDI GONZÁLEZ.....	345
Resumen de las actividades de Extensión María Victoria GISVERT.....	pag.375
Resumen de las actividades de coordinación Pablo Federico PUENTE.....	381
Graduados del año 2023.....	389

Autoridades



AUTORIDADES

Presidente

Ing. Carlos Enrique Orazi

Rectora

Dra. María de las Mercedes Reitano

Vicerrector

Lic. Bruno Alejandro Díaz

Secretaria Académica:

Mg. Blanca Silvia Lena von Kluges

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Decano

Mg. Sergio Palacios

Secretario de Investigación

Dr. Santiago Irisarri

Secretaria Académica

Dra. María Lis Amaya

Secretaría de Extensión

Dra. María Victoria Gisvert

Coordinador de Carrera

Dr. Pablo Federico Puente

Director del Anuario

Profesor Mauro Fernando Leturia

Presentación de la quinta edición del Anuario

- Palabras de señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, saludando a sus profesores, investigadores, graduados, alumnos y a toda la comunidad académica en general.
- Resumen de actividades de la Secretaría Académica a cargo de María Lis AMAYA.
- Resumen de actividades de la Secretaría de Investigación a cargo del Dr. Santiago M. IRISARRI.
- Publicación de los Informes finales del Proyectos de investigación finalizados.
- Publicación de los trabajos del quinto Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2023.
- Resumen de las actividades de Extensión a cargo de María Victoria GISVERT.
- Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico PUENTE.
- Graduados del año 2023.

Palabras del señor Decano

Gestionar y articular desde el conocimiento con impactos positivos en la sociedad

En el mes de febrero de 2023 no sólo se iniciaba un nuevo período de actividades en la UDE sino que coincidía el momento con la asunción de una nueva gestión al frente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Honrado con la responsabilidad de ser el Decano y agradecido por la designación de un equipo de profesionales destacados, iniciamos nuestra labor adoptando un modelo de gestión colaborativa como filosofía aplicada de forma sistémica.

Junto a los Coordinadores de carrera, Pablo Puente, Marcelo Asarri en la primera mitad del año y Jimena Lagos desde el segundo semestre, María Lis Amaya como Secretaría Académica, Santiago Irisarri en la Secretaría de Investigación y Victoria Gisvert al frente de la Secretaría de Extensión, nos propusimos gestionar y crear en el entendimiento de que es la tendencia actual y futura en instituciones que -entendemos- deben ser dinámicas.

En el acto de asunción formal de nuestra gestión, frente a las autoridades de la Universidad e invitados, señalamos las líneas de acción e idea-mundo que inspiraría nuestro trabajo.

Nos preocupamos por destacar que buscaríamos no sólo trabajar y continuar la gestión cotidiana: el día a día del transitar por las aulas y áreas administrativas de alumnos y profesores. También nos propusimos enriquecer el acervo académico y científico de nuestra Universidad con nuevas propuestas y un proceso de cooperación con instituciones universitarias y de aquellas con arraigo

o prestigio en la comunidad, tanto locales como del exterior.

Dentro de lo que llamamos idea-mundo, en el discurso de asunción destacamos aspectos que son parte de las nuevas gobernanzas que ineludiblemente deben tener a las instituciones del conocimiento como protagonistas. Describimos situaciones críticas que afectan a la sociedad global y aquellas que particularmente golpean fuerte en nuestro país: la anomia, la violencia, la pérdida de confianza en la democracia como sistema convivencial, procesos de barbarización social y marginalidad económica.

Todas esas problemáticas nos interesan porque la institución universitaria fue durante parte importante del siglo XX un faro en la construcción de ciudadanía, sin olvidar que el cemento que aseguraba la fortaleza de esa construcción era una escuela primaria fuerte que sentaba las bases de la verdadera igualdad de oportunidades. Por ello la Universidad no es isla sino una institución del conocimiento que contribuye al progreso social.

Frente a las problemáticas que nos rodean como sociedad en ese discurso de asunción nos preguntamos:

¿Cómo devolvemos la esperanza en la sociedad, la confianza en las instituciones; la aceptación del Estado de Derecho como garante de la paz; el respeto por las más elementales reglas de conducta?

¿Cómo podemos recuperar una sociedad convivencial donde las personas tengan la posibilidad de ejercer acciones más autónomas y creativas?

¿Qué destino podemos imaginar para nuestros hijos si no torcemos el rumbo de colisión en el que socialmente nos encontramos, con serio riesgo de caer en el escenario de barbarización que Paul Raskin plantea al hablar de “la gran transición” que el mundo vive?



Como estudiantes, profesores, colaboradores administrativos, y autoridades ¿qué podemos y debemos aportar?

E inmediatamente esbozamos algunas respuestas:

... La Universidad en nuestro tiempo debe sumarse a un proceso de disrupción positiva. No hablo sólo de producir ciencia o formar técnicamente profesionales. La Universidad puede y debe ser parte activa en la construcción de una “nueva modernidad” que asegure bienestar para el futuro ...

.. Podemos desde nuestra institución promover un nuevo lenguaje con palabras que revelen su compromiso:

Filosofía Colaborativa: en el siglo XXI el valor se crea compartiendo ideas y acciones. La productividad de quienes adoptan esta filosofía convertida en estrategia desplaza a quienes pensaban que el valor se generaba desde el secreto y la competencia.

Articulación: como acción capaz de detectar talentos y habilidades de aquellos que están dentro y fuera de la Universidad para conectarlos entre sí: organizaciones de la sociedad civil, emprendedores, empresas; para crear trabajo, valor y bienestar.

Sostenibilidad: este nuevo paradigma nos lleva a una visión sistémica alejándonos de la vieja ciencia atomista heredada de Rene Descartes. Impulsa desde lo global propuestas como los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible que requieren de acciones locales.

...Si podemos articular desde la Universidad los ODS, estaremos superando perimidos conflictos ideológicos y mostrando el camino de una nueva idea de progreso y bienestar...

... Todas nuestras acciones y las nuevas propuestas desde el Derecho deben -desde el pensamiento sistémico- buscar producir siempre “triple impacto”: social, económico y ambiental. Por ello hemos destacado la “fi-

losofía colaborativa y la articulación” como palabras claves ...

Habiendo concluido el primer año de gestión como equipo podemos estar satisfechos por haber iniciado y ejecutado políticas que cumplen con los compromisos enunciados. Nos referimos a las dos líneas centrales esbozadas: la gestión cotidiana de la Facultad con sus dos carreras (abogacía y martillero público); y una política de articulación y colaboración con instituciones universitarias y aquellas que son parte de la comunidad, local e internacional. Ello, con miras a cumplir con la misión de construir ciudadanía, abordar las problemáticas que afectan a la sociedad contemporánea, y comprometernos con la nueva gobernanza global, la agenda por el Desarrollo Sostenible y los ODS.

Entendimos que la Universidad en nuestra era debe ser un actor transformador capaz de generar articulaciones con otras instituciones para generar impactos positivos en la sociedad más allá de su misión tradicional.

Gestión académica, de posgrado, investigación y extensión.

Respecto a la gestión cotidiana hemos avanzado en la normalización de los cursos alterados por la pandemia. En el año 2023 fueron muy pocos los cursos de la carrera presencial de abogacía que fueron dictados a distancia; y desde el periodo lectivo a iniciarse en marzo de 2024 la totalidad de las materias volverán al dictado presencial.

La planta docente fue enriquecida con profesionales con titulación de posgrados y con antecedentes como profesores concursados en Universidades públicas, lo que permite sostener la calidad de los conocimientos que la Facultad brinda a sus estudiantes.



Respecto al claustro estudiantil durante 2023 comenzaron a realizarse prácticas en el Poder Judicial de nuestra provincia a raíz del convenio firmado por la Suprema Corte de Justicia.

En cuanto a la matrícula durante el año 2023 se incorporaron a la Facultad 171 nuevos alumnos para la carrera de abogacía y 52 en la de martillero público. Este crecimiento se estaría repitiendo en febrero de 2024 con números casi idénticos a los del año pasado. Esta circunstancia representa un gran desafío de planificación para asegurar que ese crecimiento sea acompañado manteniendo la calidad educativa.

Por primera vez en su trayectoria la Facultad presentó ante la CONEAU dos proyectos de Especializaciones: “Especialización en Litigación y Gestión del Caso” y “Especialización en Derecho Procesal Penal”. A esto se suma un esfuerzo de gestión ya que, como nueva actividad, se debió redactar el sistema normativo necesario para su funcionamiento (reglamento de posgrado, reglamento de especializaciones, y reglamento de trabajo final integrador). De aprobarse, las Especializaciones serían los primeros posgrados de nuestra unidad académica. De esta manera la Facultad pasaría a una integración plena en la misión de las instituciones universitarias, junto a la investigación y la extensión.

En materia de investigación se concluyeron tres proyectos correspondientes al período 2022/2023 y fueron aprobados cuatro nuevos para el período 2023/2024. Es de destacar que al comenzar el año 2023 la Secretaría de Investigación dictó una nueva normativa por la cual se estableció el doble conforme a los proyectos para asegurar la calidad técnica. Del mismo modo se procede con los informes parciales y finales. Todo con intervención de la Secretaría de Investigación de la Universidad. En apo-

yo a la capacitación se dictaron cursos sobre metodología para todos aquellos interesados en ser parte del cuerpo de investigadores.

La extensión fue ampliada desde la creación de nuevas Diplomaturas y reedición de anteriores. Se amplió la colaboración con el Colegio de la Abogacía de La Plata compartiendo con esa institución diversas actividades en la sede de la Facultad.

Se formaron nuevos Observatorios desde los que no sólo se abordan los temas que son de su especialidad sino que se planificaron como un espacio de participación para los graduados de la Facultad. Así en 2023 se aprobaron los Observatorios de: “Graduados de la Facultad de Derecho de la UDE”; “Derecho y Habilidades Blandas”; “Relaciones Internacionales y Globalización”.

Estas breves menciones son sólo algunas de las acciones de gestión llevadas adelante y cuyos detalles en descripción y extensión fueron volcados al informe de gestión 2023 presentado a las autoridades superiores de la UDE.

Gestión colaborativa, de articulación local e internacional.

Alineamiento con los ODS y Agenda 2030

Como anticipamos, también definimos una idea-visión o idea-mundo reflejada en los párrafos transcriptos de nuestro discurso de asunción. Aquí la novedad por la cual buscamos introducir a la UDE en el dialogo con las ideas que son de avanzada en el siglo XXI y modelan la nueva gobernanza global que involucra a las instituciones universitarias.

Prueba de ello son las acciones colaborativas llevadas adelante durante el año 2023 y que se prolongan al 2024. Éstas, parten de acuerdos formales con institucio-

nes locales e internacionales, y acciones de participación conjuntas con diversas instituciones tanto universitarias como de la sociedad civil.

Convenio de cooperación con el “Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia. de Bs. As.”: en el marco de este convenio firmado en el mes de marzo de 2023, se organizó por iniciativa de nuestra Facultad un curso de formación y capacitación integrado por cuatro encuentros: **“Perspectiva Ambiental y Ley Yolanda: el paradigma de la sostenibilidad y la formación de los agentes y funcionarios de los tres poderes del Estado”**.

Éste se llevó adelante participando activamente dos Universidades más invitadas por nuestra unidad académica: la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la Universidad Atlántida Argentina de Mar del Plata. Las cuatro clases del curso se dictaron rotando en tres sedes (La Plata, CABA y Mar del Plata) y transmitidas por *streaming*.

Convenio de cooperación con la “Universidad Isabel I”, de Burgos, España: en el mes de abril desde la Facultad tomamos contacto e iniciamos un diálogo con la Facultad de Derecho de la Universidad Isabel I de Burgos, España. Éste, fue coronado con la firma de convenio de cooperación por parte de la Rectora de la UDE y su par de la Universidad española.

En el segundo semestre de 2023 se acordó realizar una actividad conjunta para adherir al Mes de la Tierra: **“Jornadas de Medioambiente: Hacia un futuro sostenible”**. La misma se llevará adelante con cinco ex-

posiciones (cada lunes del mes de abril de 2024) a cargo de profesores españoles y argentinos. Se formó una Comisión Académica integrada por autoridades de la Universidad Isabel I, la Rectora y Secretaria Académica de la UDE y la Vicedecana de la Facultad de Derecho de la UBA. El evento se transmitirá por YouTube.

Ésta es la primera participación internacional de la Facultad en cooperación con España. No sólo implica un avance para nuestra Universidad en materia de cooperación internacional sino que junto a otra institución abordamos la agenda 2030 por el Desarrollo Sostenible (ONU).

En el mes de octubre de 2023 la Facultad fue invitada a participar del **“Encuentro Socioambiental Ciudad Universitaria”**, junto a las Facultades de Derecho; de Arquitectura; de Ciencias Exactas, de la UBA. Ese encuentro se celebró en la sede de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la UBA el 27-10-23 presentando la UDE una disertación titulada: **“Iniciativas Universitarias Ambientales”**.

Cerrando el año, la Facultad de Derecho junto a la Facultad de Ciencias Económicas de la UDE, organizaron un conversatorio de dos jornadas en noviembre de 2023 sobre **“Responsabilidad Social, en primera persona”** con la participación de cuatro actores muy destacados que aplican la normativa ISO 26.000, que aportan conocimiento y acciones desde la academia, y que cuentan con certificación B (B Corp): Amiplast S.A. (Argentina); CIRCOOLAR (España); Madexa S.A. (Argentina) y Cátedra de RS y Sostenibilidad de la Universidad de Girona (España).



Las actividades descriptas dejan en claro la vocación pro-activa de la gestión no sólo para asegurar la calidad educativa intramuros. Se ha asumido en paralelo el protagonismo que la sociedad requiere de las instituciones de conocimiento y ciencia en nuestro tiempo.

Nuestro equipo entiende que no debemos conformarnos con la palabra suficiente, cuando contamos con energía y vocación para siempre ir más allá.

Las últimas tendencias en la ciencia de la organización muestran un camino en el que la filosofía colaborativa, el pensamiento crítico, el trabajo en red, se abre paso como estrategias para sumar valor. Tanto en organizaciones con fines de lucro como en aquellas que abrazan el interés público o la satisfacción de bienes comunes.

La Universidad debe estar viva a fuerza de pensar e innovar. Universidad y pensamiento estático constituyen un oxímoron.

Por eso queremos cerrar esta presentación compartiendo las reflexiones que a modo de interrogantes formula el creador del modelo TEAL, Frederic LALOUX (2021) ¹:

“¿Podemos crear organizaciones libres de patologías que suelen surgir en los lugares de trabajo? ¿Libres de politikeos, de burocracia o de disputas internas; libres de estrés y de fatiga; de resignación, resentimiento o apatía; libres de poses de los directivos y de la monotonía que experimentan los que están en la base de la pirámide? ¿Es posible reinventar las organizaciones, concebir un nuevo modelo que transforme el trabajo en algo productivo, satisfactorio y significativo? ¿Y crear lugares de trabajo llenos de vida (escuelas, hospitales, empresas y organi-

1 LALOUX, Frederic, *Reinventar las organizaciones*, Ed. Arpa, Barcelona, 8va edición, 2021, p. 43.

*zaciones sin ánimo de lucro), en los que puedan florecer
nuestros talentos y honremos nuestras vocaciones?”.*

Cuando el pensamiento crítico es regla, la posibilidad
de mejorar cobra fuerza.

Este es nuestro camino.

Mg. Sergio R. PALACIOS
Decano

Resumen de actividades de la Secretaria Académica a cargo de María Lis AMAYA

El presente ciclo lectivo fue un año de grandes logros a nivel Institucional, no sólo por el reconocimiento oficial y la consecuente validez universitaria de la carrera de Abogacía a distancia, sino por la modificación del Estatuto ¹ y de la estructura en el organigrama de gestión de la Universidad, especialmente en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este. Fue un gran desafío para esta Secretaria abordar todos los cambios que se fueron gestando.

En ese sentido, en un primer momento nos abocamos a evaluar y acompañar los principales problemas que entorpecían la organización académico-administrativa y la comunicación Institucional de las diferentes Secretarías creadas en el ámbito de la Facultad con las Secretarías Generales de la Universidad. En ese contexto, en conjunto con el Decano Mg. Sergio PALACIOS y el Coordinador de la carrera de Abogacía, Dr. Pablo PUENTE, se realizaron reuniones periódicas con profesores titulares y adjuntos, para tratar cuestiones específicas del proceso de enseñanza-aprendizaje, y con estudiantes de la carrera de Abogacía que ostentaban algún problema académico-administrativo, realizando un diagnóstico activo del problema y buscando la solución respectiva.

Asimismo, se implementó el Control de Gestión Docente en el ámbito de educación a distancia, incorporando la figura de responsable de edición y la solicitud de de-

¹ RESOL-2023-2210-APN-ME publicado en el B.O el 29/09/2023.

signación de nuevos docentes en aquellas asignaturas de vacancia.

En lo que respecta a la carrera de Martillero y Corredor Público, se modificó la estructura de Coordinación, trabajando en conjunto con la recientemente designada Coordinadora de dicha carrera, Dra. Jimena LAGOS, en la designación de nuevos docentes y la solución de inconvenientes administrativos de estudiantes de la carrera.

Asimismo, a lo largo del año se evaluaron solicitudes de ingreso por el art. 7 de la Ley 24.521, equivalencias, sondeos, prórrogas y diferentes peticiones particulares, que hacen a la vida universitaria diaria.

En ese orden de acciones, desde el aspecto de formación de gestión académica, participamos en el primer cuatrimestre, en jornadas de perfeccionamiento para el personal administrativo de la Universidad y el 26 de septiembre del corriente año, en la jornada de actualización en Evaluación y Acreditación Universitaria realizado por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, en la Universidad Nacional de La Plata.

El desafío para el próximo ciclo académico, se centrará en la ejecución de los proyectos en curso. En este sentido en sesión del 13 de diciembre del corriente año, el Consejo Académico aprobó la Res. Decanal N° 72/23 (6-12-23), sobre creación de la “Comisión para Estudios y Propuestas sobre Violencia e Igualdad de Género”. La Comisión tendrá por misión el dictado de un “protocolo sobre violencia de género” de aplicación en el ámbito de la Facultad, realizando propuestas por las que la Facultad adhiera al Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 5 (ODS 5) “Igualdad de Género”.

El mencionado es el primer paso dentro de un programa de “Responsabilidad Social Universitaria” que desde el Decanato se está elaborando como vehículo para

implementar y fomentar los ODS en la Universidad del Este y desde ella a la comunidad, sumándonos así a la nueva Gobernanza global que en la materia aplican muchas universidades en el mundo.

Por último, teniendo en cuenta que en septiembre de este año se dictó la Res. Decanal N° 47/2023 creando la “Comisión para el intercambio y mejora continua de las carreras de Derecho (CIMECO)”, se está articulando en conjunto con el Decano, en la redacción del Reglamento de su funcionamiento y en la preparación del primer encuentro -de tres al año- previsto para el mes de marzo de 2024.

La Plata, 14 de diciembre de 2023.

Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Santiago M. IRISARRI

A lo largo del año 2023 la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales se ha fijado como objetivos capacitar a los docentes investigadores para mejorar la calidad de sus labores, acrecentar el número de investigaciones científicas, incentivar a los alumnos de la Facultad de Derecho a participar activamente y, finalmente, difundir las labores de investigación, tanto en desarrollo como concluidas.

En este sentido, se han realizado las siguientes labores:

1) Se han concluido las siguientes investigaciones, las cuales se desarrollaron durante los años 2021/2023:

a) Derechos Intelectuales en los contratos modernos Netflix y Spotify

Director: Mauro LETURIA

b) Legitimación colectiva de sujetos vulnerables, con especial foco en consumidores

Director: Francisco LÓPEZ SIMPSON

c) Impedimenta indicandamaritali: su praxis desde una perspectiva de género

Directora: María Lis AMAYA

Vale mencionar que las investigaciones mencionadas han contado con una nutrida cantidad de alumnos, quienes han participado en calidad de investigadores.

Por otro lado, cabe destacar que los informes finales de cada uno de estos proyectos fueron minuciosamente evaluados tanto por el Secretario de Investigación de la

Facultad de Derecho, Mgtr. Santiago M. IRISARRI, como por la Secretaria de Investigación de la Universidad, Dra. Ana María DORATO, habiéndose constatado que las labores realizadas por los investigadores cumplen en un todo con las pautas de aprobación fijadas por esta Casa de estudios.

2) Se han aprobado cuatro (4) nuevos proyectos de investigación, los cuales se desarrollarán durante los años 2023/2024:

a) Estándares probatorios en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

Director: Santiago M. IRISARRI

Mediante un estudio comparativo entre legislación, jurisprudencia y doctrina, se pretende conocer cuál es el estándar probatorio aplicable en materia penal en la Provincia de Buenos Aires.

b) Peso probatorio y principio de inocencia

Director: Julián FARINA BALBI

Investigación teórico-cualitativa que analiza la relación entre la teoría del *peso probatorio* y el principio de inocencia.

c) Argumentos en contra del juicio por jurados

Director: Gonzalo ALBA

Se analizan los argumentos que la doctrina ha esgrimido en contra del juicio por jurados a fin de conocer si los mismos tienen sustento empírico que los justifique.

d) La ley de alquileres 27.511. Análisis y efectos

Directoras: Camila PEREYRA y Lis AMAYA

Pretende conocer los efectos que se han ocasionado en el ámbito local como consecuencia de la ley sanción de la ley 27.511 (ley de alquileres).

Es dable destacar que, salvo en un solo caso, la totalidad de los proyectos mencionados cuentan con una cuan-



tiosa cantidad de alumnos, quienes participaran en calidad de alumnos-investigadores.

3) Se ha aprobado el “Concurso para la presentación de artículos académicos 2023”

Con el objetivo de fomentar la elaboración de artículos jurídicos por parte de toda la comunidad académica, se aprobó el “Concurso para la presentación de artículos académicos -2023”.

El concurso tiende a que los docentes y alumnos puedan presentar, mediante la utilización de un seudónimo, artículos académicos para ser evaluados por un jurado calificado, premiándose de tal forma los tres mejores trabajos.

Como resultado de lo antedicho, se han presentado variados trabajos escritos tanto por docentes como por alumnos, encontrándose el concurso en etapa de “evaluación por parte del jurado”.

4) Se ha dado cumplimiento al “Programa de Asistencia y Asesoramiento para los Docentes Investigadores”, aprobado en 2022 por el Consejo Académico, con el objetivo de capacitar a los investigadores en lo que hace a desarrollo, producción y difusión de las investigaciones.

Al respecto, el Secretario de Investigación de la Facultad en conjunto con la Secretaria de Investigación de la Universidad comenzaron a realizar diversas labores de capacitación para docentes investigadores, entre las que se destacan reuniones grupales e individuales con los investigadores, capacitaciones en materia de “presentación de proyectos de investigación” y “presentación de informes”, seguimiento de labores investigativas, entre otras.

La labor desarrollada durante estos últimos tiempos ha sido satisfactoria, a tal punto que, tal como lo expresan los puntos anteriores, se han culminado diversas investigaciones y se ha avanzado en otras tantas.

Por otra lado, y como resultado del esfuerzo conjunto, los investigadores han logrado difundir sus investigaciones, al igual que los resultados objetivos, en Congresos, revistas jurídicas y libros.

A continuación, se detalla la difusión que se le ha dado durante el año 2023 a las investigaciones en desarrollo y finalizadas:

Francisco LÓPEZ SIMPSON; Juan M. GALLO; Victoria GISVERT

- Libro

a) *Legitimación colectiva de sujetos vulnerables*, La Ley 2003 (Dir.)

Francisco LÓPEZ SIMPSON y Juan M. GALLO

- Participación en evento académico

a) Disertantes en evento titulado “Legitimación colectiva de sujetos vulnerables (con especial foco en consumidores)”, 16 de julio de 2023, Universidad del Este

Francisco LÓPEZ SIMPSON

- Artículos

a) “Reparación insatisfactoria sustitución de la unidad y demora excesiva: un caso de manual”, en *Diagonal al Este* (año 9, nro. 16, julio 2023)

b) “Consumidores y derechos de incidencia colectiva. Evolución jurisprudencial en la Corte Suprema. Claroscuro de la defensa colectiva del consumidor”, en *La Ley*, 2023-E.

Ricardo Germán RINCÓN

- Artículos

a) “El camino del constitucionalismo del Río de la Plata entre 1810 y 1830”, *Revista Jurídica Internacional*,



IJ Editores, Nro. 6, Junio de 2023 (en coautoría con Lis AMAYA, codirectora de la investigación)

b) “La votación del Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810. Análisis de su contenido”, Revista de Derecho Público, IJ Editores, nro. 9, mayo de 2023

María Lis AMAYA, Camila PEREYRA y Ana Clara D’ OVIDIO

Artículo

a) “Alcances del art. 403 inc. c) del Código Civil y Comercial Argentino desde una perspectiva de género”, en Diagonal al Este (año 9, nro.16, julio 2023).

Fabio ARRIAGADA

- Participación en evento académico

a) Disertación titulada “Génesis del contrato en el Derecho Romano” en “IV Encuentro de Institutos de Derecho Romano de la República Argentina”-

Santiago M. IRISARRI

- Participación en eventos académicos

a) Expositor en Jornada Académica “Bases del razonamiento probatorio”, organizada por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de Quilmes y la Universidad Católica de La Plata, 29 y 30 de agosto de 2023.

b) Docente en “Diplomatura en Derecho probatorio y litigación en juicio por jurados con perspectiva de género”, organizada por la Universidad del Este de La Plata, 18 de septiembre de 2023.

c) Expositor en Jornada académica “Dolo: cuestiones teórico-prácticas”, organizada por la Universidad Católica de La Plata y el Instituto de Derecho Penal del Colegio de la Abogacía de La Plata, 12 de septiembre de 2023.

d) Expositor en Jornada sobre Derecho Penal, organizada por el Instituto de Derecho Penal del Colegio de la Abogacía de La Plata, 29 de septiembre de 2023.

e) Expositor en VII Diplomatura Internacional en Derecho Penal, organizada por la Universidad Católica de La Plata, 5 de octubre de 2023.

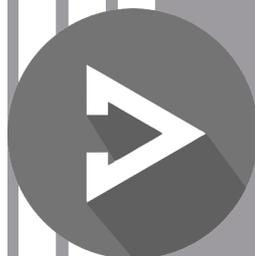
-Artículos en revistas con referato

a) “La prueba de los estados mentales”, en Revista Anales, Nro. 53, 12/2023, Universidad Nacional de La Plata (con evaluación externa por el sistema de “doble ciego”).

b) “El razonamiento probatorio en la acreditación de hechos externos e internos”, en Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste, nro. 1, 12/2023 (con arbitraje externo por el sistema “doble ciego”).

Las variadas producciones mencionadas evidencian que el “Programa de Asistencia y Asesoramiento para Docentes Investigadores” viene cumpliendo con los objetivos fijados al momento de su consagración, permitiendo de tal forma que las investigaciones desarrolladas sean debidamente difundidas en diversos y prestigiosos ámbitos académicos.

Trabajos de investigación



Informe final del proyecto: “*Impedimenta indicanda maritali*: su praxis desde una perspectiva de género”

- Director del Proyecto: María Lis AMAYA
 - Codirector del proyecto: Camila Denisse PEREYRA
- Equipo de investigación: Ana Clara D’OVIDIO; Magali Ayelén CASANO; Ana Inés PRIETO; Néstor Javier MENNA; Rodolfo Antonio HOHBERG, Marcelo MUSARRA, Carla ACOSTA; Julieta Gala GALLARDO

Resumen:

El 29 de noviembre de 2016 el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, Santa Fe, Argentina en autos “N.V.E y otra s/Inconstitucionalidad art. 403 inc. c) del CCCN” declara la inconstitucionalidad del art. 403 inc c.) del Código Civil y Comercial Argentino y autoriza el matrimonio entre una mujer y la hija de su exesposo fallecido, el cual había sido denegado por el Registro Civil al manifestar que existía una relación de parentesco afín en línea recta entre las contrayentes.

En ese orden de ideas, las razones de impedimentos matrimoniales de un país están impregnadas de las mismas razones de la institución del matrimonio que lo rige, esto es, razones políticas, religiosas, morales, sociales y también de género.

A partir de este caso disparador y teniendo en cuenta que en estos últimos tiempos los Altos Tribunales han establecido la obligación de interpretar los casos y la normativa aplicable con perspectiva de género, la presente investigación se aboca a analizar los alcances del art. 403 inc. c) del Código Civil y Comercial Argentino aplicando *perspectiva de género*.

Keywords: Martial Impediments- Gender- Argentine Law

Abstract:

On November 29, 2016, the Family Collegiate Court-number five, of Rosario, Santa Fe, Argentina in proceedings “N.V.E and s/Unconstitutionality art. 403 inc. c) of the CCCN” declares the unconstitutionality of art. 403 sub c) of the Argentine Civil and Commercial Code and authorizes the marriage between a woman and the daughter of her deceased exhusband, which had been denied by the Civil Registry when stating that there was a realted relationship in a straight line between the contracting parties.

In this order of ideas, there a sons for marriage impediments in a country are imbued with the same reasons as the institution of marriage thar governs ir, that is, political, religious, moral, social reasons, and also gender.

As society advances, the law must be constantly transformed to regulare the behavior of citizens, but ir must not deviate from the changes that currently prevail.

This and other reasons led to the formation of a research team at the Universidad del Este in the city of La Plata, Argentina, to deal carefully with the study of the marriage impediment of art. 403 inc. C) of the Argentine Civil and Commercial code in family relations, from a gender perspective.

Starting from this triggering case and since in recent times the High Courts have established the obligation to interpret the cases and the applicable regulations with agender perspective, this investigation focuses on analyzing the scope of art. 403 inc. c) of the Argentine Civil and Commercial Code applying agender perspective.



CAPITULO I

Antecedentes

1.1 Planteamiento y formulación del problema

El capítulo II del Título Primero del Libro II del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en relación a los vínculos de familia, en su artículo 403 instituye los impedimentos matrimoniales como requisito para contraer matrimonio, cuya fuente es el artículo 166 del antiguo Código Civil y Comercial ², con algunas variaciones en su terminología, producto de los cambios sociales imperantes.

2 El Código Civil de la República Argentina, Ley 340, redactado por Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD, establecía en su art 166 Son impedimentos para contraer matrimonio: 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación. 2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos. 3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. 4. La afinidad en línea recta en todos los grados. 5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años. 6. El matrimonio anterior, mientras subsista. 7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. 8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere. 9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.

En ese sentido, el art. 403 del CCy CN establece que:
“Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio:

- a) El parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- b) El parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- c) La afinidad en línea recta en todos los grados;
- d) El matrimonio anterior, mientras subsista;
- e) Haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;
- f) La falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial”.

Como vemos, el art. 403 del Código Civil y Comercial de la Nación establece los impedimentos matrimoniales en orden a motivos éticos, sociales, religiosos y/o basados en la afinidad.

Teniendo en cuenta que el Derecho es el regulador del comportamiento de las personas en sociedad, es innegable que los textos legales deben acompañar los cambios sociales y, como consecuencia de ello, las nuevas realidades. En este sentido, las relaciones de familia existentes en la actualidad, lejos están de ser equivalentes a las de años anteriores o décadas pasadas. Pero lo cierto es que, para poder acompañar estos cambios sociales, no basta con un análisis de la normativa legal actual, sino que es necesario un estudio evolutivo-comparativo de la institución en cuestión (en este caso, “el matrimonio”) a fin de lograr una real comprensión de la misma.

En relación a los tiempos que corren, sostiene Marisa HERRERA (2016) que con sólo observar la realidad social encontramos la existencia de nuevas conformaciones familiares, así como un amplio abanico de relaciones y conflictos familiares que la normativa civil no puede si-

lenciar. De esta forma, podemos señalar que “la ley constituye una herramienta muy hábil para visibilizar, acompañar, contener y también proponer o generar transformaciones sociales y culturales que se dan en la sociedad a pasos acelerados y que no se van a detener” (HERRERA, M.; 2016; p. 35).

Sumado a ello, y como consecuencia del avance de las teorías feministas en la órbita del Derecho, ha tomado notoriedad la *perspectiva de género* como modelo para el estudio de los casos concretos y de la legislación vigente, lo cual (por disposición de los Altos Tribunales y de la normativa moderna, ley 26.485) su aplicación es considerada obligatoria para la resolución de los casos.

Siguiendo a Marta LAMAS (1999), entenderemos que la perspectiva de género alude al orden simbólico con que una cultura patriarcal elabora la diferencia sexual, que se visibiliza en prácticas, discursos y representaciones culturales cis-sexistas y homófobas.

La perspectiva de género como herramienta de análisis crítico permite problematizar y desnaturalizar prácticas histórica y socialmente establecidas, para visibilizar las desigualdades sociales y fomentar igualdad en el trato y en las oportunidades entre varones y mujeres. Aquí debemos destacar la importancia de la equidad de género para un efectivo goce de los Derechos Humanos sin discriminación alguna, dado que son condiciones necesarias para que las personas se desarrollen plenamente en todos los campos de su vida. (D’OVIDIO, 2020, p. 87).

Dicha perspectiva nos permite reconocer la trama de desigualdades estructurales que subyace a los procesos de socialización de género, con el objetivo de revisarlas, cuestionarlas y revertirlas. A su vez, posibilita visibilizar la heteronormatividad, cisgeneridad y endosexualidad hegemónicas en nuestras sociedades.

Ahora bien, más allá de las consideraciones generales relativas a la “perspectiva de género”, la realidad es que no existen investigaciones que permitan establecer sus implicancias en materia de impedimentos matrimoniales.

El fallo “N.V.E y otra s/Inconstitucionalidad” del Tribunal Colegiado de Familia de Rosario (29/11/2016) determinó el puntapié inicial de los lineamientos generales de la presente investigación, toda vez que constituye una excepción al incorporar en forma novedosa como criterio interpretativo de la normativa aplicable en materia de impedimentos matrimoniales la *perspectiva de género*.

Tomando como base las enseñanzas del fallo mencionado, la investigación analizar la normativa aplicable a fin de conocer los alcances del art. 403 del CCyCN aplicando perspectiva de género.

1.2 Objetivos de la investigación

1.2.1 Objetivos generales

Conocer los alcances del art. 403. inc. c. de CCCN a partir de una interpretación con perspectiva de género.

1.2.2 Objetivos específicos

Analizar la evolución legislativa en materia de impedimentos matrimoniales.

Determinar cuáles han sido los factores que han generado los cambios en el instituto.

Analizar las elaboraciones doctrinales referidas a la “interpretación con perspectiva de género”.

Identificar los aspectos en los que se produce el choque entre la normativa aplicable y la realidad social.

1.3 Justificación de su estudio desde una perspectiva de género

Como se ha señalado previamente, los impedimentos matrimoniales se encuentran atravesados por razones

políticas, religiosas, morales, históricas y sociales. También aspectos relacionados con el género deberán ser tenidos en cuenta si deseamos realizar un acercamiento a la temática desde un punto de vista crítico.

Aquí podemos tomar en consideración la categoría de género propuesta por Joan SCOTT (1990), definiéndola como un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias entre los sexos, atravesadas por relaciones de poder. Siguiendo los postulados de Estela SERRET, cuando hablamos de género nos estamos refiriendo a “la construcción cultural de la diferencia sexual que da cuenta de un sistema primario de relaciones de poder y dominación, transhistóricas y transculturales” (SERRET, 2011, p. 73).

Históricamente, diversos dispositivos de poder han moldeado la subjetividad de hombres y mujeres, estableciendo prácticas y discursos que esconden una subordinación y desigualdad entre los géneros. Sin embargo, así como se han puesto en marcha dispositivos disciplinadores -de los cuerpos, de la sexualidad, del deseo- también ha habido líneas de fuga que nos permiten situar resistencias y diversas estrategias de oposición a lo estipulado socialmente.

Tal como sostiene Alicia E. C. RUIZ (1999):

“La calidad de ‘mujer’ está jurídicamente construida, tanto en sus derechos como en las discriminaciones que la signan. No depende únicamente del derecho, es cierto, pero es innegable la fuerza prescriptiva y legitimante de este discurso social que en la modernidad desplazó a otros discursos sociales (o se apropió de ellos) y se autonomizó de la moral y de la religión. Progresos y aporías de la modernidad que no pueden separarse. La cultura que heredamos y que internalizamos nos limita, nos crea prejuicios y, al mismo tiempo, nos abre ventanas. Tener-

lo presente es decisivo, en especial en los lugares de la autoridad y del saber” (p. 22).

En las últimas décadas, la institución matrimonial y la concepción “tradicional” de familia cambió, tanto en su forma como en su contenido y su significación para la sociedad, dando lugar a “nuevos” modos de vinculación y “nuevas” configuraciones familiares que conllevan la necesidad de repensar lo instituido, con miras a contemplar la multiplicidad y diversidad de situaciones con las que podemos encontrarnos.

En este orden de ideas el concepto de “familia” toma preponderancia, en tanto a partir de allí se establecerán los márgenes de quienes puedan jurídicamente conformarla y los derechos entre sus miembros. Es así que Marisa HERRERA (2018) sostiene que desde una perspectiva de géneros a la luz de los derechos humanos, se debe utilizar el concepto de “familias” en plural. En forma concordante, la Corte IDH estableció que en la C.A.D.H. “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma” (Opinión Consultiva N° 17/02, párr. 69, caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, párr. 142 y caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, párr. 98). En este sentido, la perspectiva de género es la que permite la comprensión de la realidad existente para que la aplicación de la ley sea coherente con la misma.

Centrados en las relaciones de familia, es sabido que las dinámicas familiares no son las mismas, observan otras morfologías y otras improntas. Por citar un dato de la realidad ineludible: la gente, gracias al desarrollo y al avance de la ciencia médica, tiene una perspectiva de vida más longeva y en mejores condiciones de salud. Por lo tanto, la pareja que uno conformó a los treinta o cuarenta años puede no ser el compañero que siga eligiendo

a los cincuenta o sesenta, pese a que aún queden varios años de vida por transitar. Esta realidad, innegable en la actualidad, es lo que nos obliga a repensar el concepto de “familia”, el cual ha dejado de ser entendido como “única familia que una persona puede formar”, tomando preponderancia la idea de “trayectorias familiares” (ya que uno a lo largo de la vida puede pasar por más de una forma familiar). Es decir, habría un derecho de la persona a vivir o formar una familia, más que un derecho de familia como un ente abstracto y diferenciado de las personas que lo integran con derechos propios, que pueden o no coincidir entre todos sus integrantes (HERRERA, 2013; p. 112).

CAPITULO II

Marco Teórico

2. 1 Matrimonio. Aportes terminológicos: fuente indirecta para la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación actual

La Real Academia Española ³ define al matrimonio como la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales. Asimismo, en segundo término lo define según la Religión Católica como un sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones

3 *Diccionario de la lengua española* (2001). Debe tenerse en cuenta que esta versión electrónica da acceso al texto de la 22.^a edición del *Diccionario de la lengua española*, publicada en 2001. Consultado el 18 de octubre de 2022 en: <https://www.rae.es/drae2001/matrimonio>.

de la Iglesia. En ambos casos, para hablar de matrimonio, la unión debe darse entre dos personas de diferente sexo.

En ese orden de ideas, el concepto es de origen latino *-matrimonium-* y es una institución social, que se encuentra presente en todas las culturas.

Partimos de la base de que resulta difícil encontrar definiciones similares, ya que las mismas responden a criterios culturales, religiosos, políticos y morales diferentes.

Si nos remontamos a sus orígenes, en el Derecho griego la condición de la mujer fue desmejorando con el correr del tiempo. Los rasgos restrictivos como la utilización del velo y el enclaustramiento femenino fueron comunes en esta sociedad. El hombre era superior a la mujer en todo sentido. El Corán II 228 dice: “Los hombres tienen sobre ellas preeminencia”.

El matrimonio era una institución contractual oral, no tiene formas jurídicas definidas, que se celebra entre el hombre y el tutor masculino -llamado *Kýrios-* de la futura esposa, por el cual el hombre goza de la mujer, cuya consecuencia es la procreación. Es notoria la ausencia de participación de la mujer en ese contrato.

Carole PATEMAN (1995), cuando introduce su idea del contrato sexual (del cual las mujeres son objeto), nos dice que es el medio a través del cual el patriarcado -como sistema de dominación de los hombres sobre las mujeres y otras identidades- se constituye, a partir de establecer un derecho político de los varones sobre las mujeres, así como el acceso de los varones al cuerpo de éstas. La autora se encarga de aclarar que este contrato no se reduce a la esfera privada, sino que se hace presente también en el ámbito público.

En palabras de Calero SECALL, en relación a los impedimentos matrimoniales (1993):

“En Atenas los lazos de consanguinidad no impedían a los parientes desposarse. No era impío, pues igual que el Corán no conocía el término incesto, casarse con la hermanastra consanguínea. No hay que olvidar que la prohibición del incesto va íntimamente ligada a la existencia de un matrimonio exogámico, en el que se han de concertar las uniones entre personas pertenecientes a otra familia y se impide, por tanto, entre parientes próximos por consanguinidad. Para tal prohibición siempre se han esgrimido razones eugenésicas, aunque no en todos los casos resulten convincentes”⁴.

En Atenas era frecuente la celebración de matrimonio entre tíos y sobrinas y/o con primos hermanos; ya lo dice textualmente en Leg. Gort. VII 15-24: “La heredera ha de casarse con el hermano del padre el de más edad de los que viven y, si no hubiere hermanos del padre, pero sí hijos de sus hermanos, que se case con el hijo mayor”. Por tanto, tenía que casarse con uno de sus tíos o primos paternos, es decir, con sus primos paralelos. Esta reglamentación de Gortina sobre la heredera supone un matrimonio endogámico, aunque Gortina también conoce el tipo de matrimonio exogámico⁵.

En igual sentido, en la civilización del Derecho Romano se consideraba al matrimonio como la unión del hombre y la mujer con la finalidad de procrear.

4 DÍEZ-PICAZO, L. -GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, IV, Madrid, 1989, p. 77. Sobre el problema del incesto, cuya prohibición tenía un carácter sagrado.

5 Cf. BILE, M., *Systeme de parenté et systemes matrimoniaux Gortyne*, Verbum III (1980), p. II.

Podemos señalar aquí el enaltecimiento de la maternidad como destino natural de las mujeres, ligada la esfera de lo privado y al sostén de la familia, lo cual ha llevado a diversas políticas públicas en pos de “vigorizar la familia” (GIORDANO, 2014, p. 397).

Tal es así que MODESTINO lo identificaba como “*Coniunctio maris et feminae et consortiumomnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (Unión del macho y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano; D. 23.2.1).

Si repensamos la terminología, la palabra *coniunctio* es la que permite referirse a *coniux* (cónyuge) que aparece vinculado al *iugum*, que es el instrumento rústico “yugo” el cual permite a dos animales estar unidos por ese aparato de madera que los liga por el cuello para labrar la tierra.

En un análisis detallado, realizado por el Dr. Alfredo DI PIETRO, el concepto *consortium* viene de *sors* (suerte), ordinariamente la pequeña tabla de madera que servía para responder a preguntas presentadas a los oráculos y también para tirar suertes en la división de tareas de los magistrados, que no es otra cosa que la suerte fijada para cada uno y *consors* refiere a quienes comparten la misma suerte.

JUSTINIANO, por otra parte, en sus *Institutas* (1.9.1) lo define como “Nupcias o matrimonio como la unión del varón y de la mujer (*vir et mulierisconiunctio*) que contiene la costumbre indivisa de la vida (*Individuae vitae consuetudinemcontinens*)”.

Para ello, era indispensable el cumplimiento de tres requisitos para contraer nupcias: a) La edad, que se alcanzaba con la pubertad, esto es 12 años las mujeres y 14 años los varones, b) *Ius conubium*, que era la capacidad para poder contraer matrimonio (ULPIANO D. 5.2-7) en de-

cir la facultad de tomar a la *uxor* de acuerdo al *Ius* y c) El consentimiento, de quienes lo celebran, y si eran *alieni iuris*, se requiere el consentimiento de sus *patres* (PAULO, D. 23.2.2).

En Roma no es la unión sexual lo que hace el matrimonio, sino el *affectio maritalis* (Ulpiano D. 24.1.32.13).

Como podemos ver, el matrimonio en Roma y en Grecia era una situación de hecho, que tenía por fin la procreación de los hijos, para la continuidad del grupo familiar y sus propias costumbres.

Sin embargo, no contaron con un sistema de impedimentos para contraer matrimonio, pero sí establecieron ciertas prohibiciones basadas en principios religiosos, morales, políticos, entre otras consideraciones.

La teoría sistematizada de los impedimentos será obra del Derecho Canónico posterior, y más tarde del Derecho estatal de cada nación. Aprovechando la terminología actual, podemos hablar de impedimentos “absolutos”, esto es, cuando alguien de un sexo no se puede casar con alguien del otro sexo (así por estar ya casado, *Inst.* 1.10.6; GAYO 1.63, *in fine*) o el haber celebrado voto de castidad, como las vestales en la época pagana, o en Roma cristiana, por el orden sagrado (C. 1.3.52.14; *íd.* 1.47; Nov. 5.8; 6.6 *in fine*) o de impedimentos “Relativos”, cuando nos impiden casarnos con una o varias personas del otro sexo; p. ej. por razón de parentesco (Alfredo DI PIETRO, 2015).

Entre las prohibiciones, podemos citar:

a. Prohibición de contraer nupcias con los parientes en línea recta hasta el infinito (GAYO. D. 23.2.53; *íd.* 68; ULP. 5.6; *Inst.* 1.10.1; C. 54.17). Y en línea colateral hasta el tercer grado (GAYO 1.61; *Inst.* 1. 10.3).

b. Los hijos adoptivos no se pueden casar.

c. Impedimento por afinidad, el que une a un cónyuge con los parientes inmediatos del otro en la línea recta.

Ej. Suegra y yerno, suegro y nuera; madrastra e hijastro, padrastro e hijastra (GAYO, 1.63; *Inst.* 1.10. 5-7). Esto se hace extensible a los cuñados (CTH. 3.12.2; año 333).

d. No podían contraer nupcias el pupilo con su tutor, hasta el rendimiento de cuentas (PAULO, D. 23.2. 59 ss; TRYFON, D. 23.2.67. 2-3).

e. No se podía casar el gobernador de provincia con una mujer nacida o domiciliada en el territorio en que ejerce su cargo (PAULO, D. 23.2.38 pr).

f. Prohibición de nupcias entre los soldados romanos (DION CASSIO, 60.64; TÁCITO, Ann. 14.27).

f. La mujer viuda no podía contraer nupcias antes de haber transcurrido 10 meses de la muerte de su marido (JUL., D. 3.2.1).

En Roma el Emperador AUGUSTO, a fin de salvar las costumbres, dictó la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (año 18 a.C.) y la *lex Papia Poppaea* (año 9 a.C.) que establece la prohibición de casarse con mujeres de mala fama. Y a los senadores se les prohíbe casarse con libertas.

Producto de la influencia del cristianismo, se establecieron otras prohibiciones o se modificaron disposiciones ya dictadas, a saber:

a) Se prohíbe el matrimonio entre el raptor y la raptada (C.9.13.1).

b) Se prohíbe las nupcias entre un hombre y una doncella o viuda consagrada al Señor, o tomar mujer a los sacerdotes, diáconos y subdiáconos (C. 1.3.45 (44)).

c) El adúltero o adúltera podrá casarse, después de la muerte de su cónyuge, pero no con su cómplice en el adulterio (C.9.9.9).

se prohíben las nupcias entre cristianos y judíos (CTH. 3.7.2; C. 1.9.6).

Como podemos ver, los romanos hicieron hincapié en la prohibición de afinidad considerándolo “nupcias nefas-

tas” (nefas: contrarias al fas; MODEST. D. 38.10.4.7; PAULO, D. 23.2.14.4; PAP., D. 23.2.15; ÍD. D. 12.7.5.1; ULP. 5.6).

Asimismo, lo hicieron extensible más allá del matrimonio válido, a los esponsales, el *contubernium* y el concubinato (D. 23.2.14.4; íd. 12. 1-2; íd. 14. 2-3, *Inst.* 1. 10.10), todo ello en el vínculo nupcial de diferente sexo, desconociendo las uniones del mismo sexo y por consiguiente las cuestiones de género, como lo vemos en la actualidad.

Estos antecedentes han servido como fuente jurídica directa del Código Civil y Comercial de VÉLEZ SARSFIELD y como fuente indirecta para la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación actual.

2.2 Aportes terminológicos vigentes

En la actualidad, la institución es considerada como un derecho universal que encuentra sus limitaciones en diversos requisitos y/o impedimentos, receptado de diferentes maneras en los países.

Su basamento supranacional lo encontramos en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que “...1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado...”.

Asimismo, el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “...se reconoce el derecho del

hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello...”.

Por último, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 17.2 expresa que :..”Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención...”.

Es decir, el matrimonio hace a la unión entre dos personas, se trate de un hombre y una mujer, o de dos personas del mismo sexo, establecida como una institución social. En nuestro Derecho interno se encuentra regulado en los arts. 401 al 445 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, pese a lo expuesto, vale destacar que para que el matrimonio sea lícito, debe cumplimentar requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Entre los intrínsecos se pueden citar la ausencia de impedimentos matrimoniales y el consentimiento de los contratantes. En cuanto a los requisitos extrínsecos (de forma), que esa manifestación de voluntad sea expresada ante el oficio público determinado por la Ley.

Verónica GIORDANO (2014) señala que en la construcción de los derechos civiles de las mujeres predomina una doble moral que se asocia a la unión entre los sexos, expresada particularmente en la institución matrimonial. Esta doble moral sexual va a estar teñida con un sexismo que evaluará según parámetros diferentes una misma conducta cuando es realizada por varones y cuando lo es por mujeres, lo cual se fundamentará en los deberes “naturales” de cada sexo. En la modernidad, esta forma diferenciada de disciplinamiento de las conductas perseguirá el objetivo de la reproducción antes que el placer. Podemos señalar aquí el enaltecimiento

de la maternidad como destino natural de las mujeres, ligada la esfera de lo privado y al sostén de la familia, lo cual ha llevado a diversas políticas públicas en pos de “vigorizar la familia” (GIORDANO, 2014, p. 397).

María Belén ALFONSO y Federico PRIETO COURRIES (2016) sostienen que:

“Muchos estudios señalan ‘la revolución sentimental’ implicó el pasaje de las alianzas premodernas, fundadas en intereses económicos o de conservación del linaje, hacia las alianzas conyugales construidas sobre la base de la atracción mutua y el amor. De este modo, actualmente encontramos que los vínculos de pareja se disuelven y refundan en una búsqueda de pareja orientada hacia la consecución de un ideal amoroso romántico, siendo estas uniones conyugales las que producen nuevas organizaciones familiares que cuestionan la hegemonía de la familia nuclear. Encontramos aquí familias homoparentales, como así también monoparentales, ensambladas, etc.” (p. 36).

2.3 Significado de Impedimentos matrimoniales

En relación al objeto del presente trabajo de investigación, los impedimentos matrimoniales son los hechos o actos que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio y éstos se clasifican en *Dirimentes* e *Impedientes*. Los primeros se distinguen en cuanto a la posibilidad de ejercer la acción de nulidad si las nupcias se contraen pese a la existencia de dicho impedimento; en tanto que los segundos se caracterizan por tener como objetivo la prevención -como puede ser contraer una enfermedad de transmisión en período de contagio-, o bien establecen otras medidas como la negativa del oficial público encargado del Registro Civil a celebrar nupcias.

Los impedimentos son las causas por las cuales la ley obstaculiza la celebración del matrimonio. El principio general es que toda persona es hábil para casarse, gozando de la respectiva aptitud nupcial. Excepcionalmente, se señalan cuáles son los impedimentos, constituyendo éstos la excepción al referido principio (SOLARI, Néstor E., 2014, pág. 1).

Tal como expresara BORDA (1993) los impedimentos matrimoniales pueden ser clasificados según diversos criterios: por la índole de la sanción a que da lugar su inobservancia, se clasifican en dirimentes e impedientes o prohibitivos, expresiones que históricamente no utilizaba la ley argentina, pero que se la había tomado del Derecho Canónico y de la doctrina de países que legislaron el matrimonio civil con anterioridad al nuestro. Fue incorporado el concepto de dirimente en el CCyC vigente.

Cabe destacar que el impedimento matrimonial constituye una excepción a la regla general de contraer nupcias. Es decir, nadie puede ser privado de ese derecho, pero el Estado y la Iglesia, teniendo en cuenta el bien común, pueden limitarlo estableciendo determinados obstáculos.

Si surge alguna de las prohibiciones detalladas en la ley, el oficial público encargado de llevar adelante la ceremonia tiene el deber de suspenderla (art. 417 CCyC). Asimismo, quienes conozcan la existencia de alguna de estas circunstancias, pueden oponerse a la realización, sea en forma directa (art. 411 CCyC), o sea mediante denuncia al Ministerio Público, para que éste, si lo considera, realice la oposición (art. 412 CCyC). Si las nupcias ya se hubieran contraído, podrá solicitarse la nulidad del matrimonio, siempre que no hubiera operado la caducidad en aquellos casos en que fuera procedente (conf. art. 425 CCyC).

El CCYCN prevé en su art 403 los impedimentos dirimentes, entre los que se encuentra en su inc. A) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera sea el origen del vínculo, configurándose de esta manera un cambio en cuanto al eje del impedimento en tanto que en la plena vigencia del Código de VÉLEZ radicaba en la consanguinidad; ya con la entrada en vigencia del CCYCN pasa por el parentesco sin importar la fuente del mismo.

En líneas generales, se coincide en que el fundamento del impedimento por parentesco radica en el tabú del incesto.

Asimismo, se pueden clasificar en absolutos y relativos. Los primeros obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, tal es el caso de la falta de edad legal. Los relativos, en cambio, sólo representan un obstáculo con respecto a personas determinadas, como el parentesco.

Por otra parte, pueden ser dispensables o indispensables.

“Dispensables son los que pueden ser removidos mediante la autorización de contraer matrimonio (dispensa) otorgada por determinada autoridad; los indispensables no pueden ser removidos de manera alguna. La dispensa es una institución originada en el derecho canónico que de éste derivaron algunas leyes civiles” (BORDA, 1993, pág. 222)

En relación al tiempo, se dividen en temporales y perpetuos. Los temporales se extinguen con el transcurso del tiempo por tener un plazo cierto -tal es el caso de la falta de edad legal- o por tener un plazo incierto -matrimonio anterior subsistente-, y pueden ser perpetuos, que no desaparecen en el tiempo, como los derivados del parentesco.

Las prohibiciones de matrimonio no sólo encuentran su fundamento en la fuente directa de cada legislación -en nuestro sistema jurídico argentino influenciado por el Derecho Romano-, sino que principalmente en nuestro país el Derecho Canónico ha conducido en el desarrollo histórico de manera indirecta.

2.4 Impedimentos matrimoniales por razón de afinidad y parentesco

La afinidad es una clase de parentesco, y la nueva legislación ha mantenido la solución brindada por las leyes 2393 y 23.515, en el sentido de que luego de la anulación del matrimonio no subsiste la afinidad, postura indiscutida de la mayoría de la doctrina.

Se distingue con la Unión Convivencial en tanto que esta última no hace nacer el parentesco por afinidad. Razón por la cual una persona que vivió en esta institución con otra que tenía un hijo/a de una unión anterior, podría luego de la ruptura, contraer matrimonio con ese descendiente.

El parentesco por afinidad es el estado de familia que surge a partir de la celebración del matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes del otro, con independencia de cuál sea la fuente que origina ese parentesco. Es un vínculo eminentemente jurídico que se constituye como un efecto propio de la celebración del matrimonio.

En cuanto al cómputo del parentesco por afinidad, el mismo es de carácter derivado, de modo que la proximidad quedará determinada por el número de grados en que cada uno de los cónyuges se encuentra con sus parientes, cualquiera sea la fuente de ese parentesco.

Repensando los efectos civiles del parentesco, podemos citar:

Relativos al derecho matrimonial: en razón de los fundamentos socioculturales de los impedimentos matrimoniales, el parentesco se mantiene como uno de ellos con independencia de la fuente de filiación.

Asimismo, el vínculo de parentesco otorga legitimación para oponerse a la celebración del matrimonio, en tanto que el art. 411 inc. b señala que se encuentran legitimados los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo. Por otra parte, el art. 424 establece que quienes pueden oponerse a la celebración del matrimonio están legitimados para deducir la acción de nulidad.

En el supuesto de matrimonio celebrado en existencia de un impedimento por afinidad -art 424 in a- es de nulidad absoluta.

2.5 El parentesco por afinidad. Subsistencia en caso de muerte o divorcio

La consideración del parentesco cobra relevancia especial ante la disolución del matrimonio que ha dado origen a su vínculo. La doctrina se ha planteado si la muerte o divorcio -luego de la incorporación de la ley 23.515 de divorcio vincular- producían la extinción del parentesco por afinidad, o si por el contrario ese parentesco quedaba subsistente.

SOLARI explicó que antes de la disolución, la afinidad no tiene relevancia como impedimento, pues en todo caso, el nuevo matrimonio con el pariente por afinidad constituía un matrimonio nulo por impedimento de ligamen.

En consecuencia, debe interpretarse que, a los efectos del impedimento matrimonial, el parentesco por afinidad subsiste aun después de la disolución del matrimonio que le dio origen, sea por muerte o divorcio.

2.6 El matrimonio igualitario en Argentina ⁶

Desde el 15 de julio de 2010 se permite en nuestro país el matrimonio entre personas del mismo sexo. Coronándose así en el primer país de América Latina en reconocer ese derecho en todo el territorio nacional. Asimismo, fue el segundo país -después de Canadá-en legalizar esto.

El artículo 2 de la Ley 26.618 de Matrimonio Civil (2010) establece que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. De esta forma, la ley extiende la figura tradicional del matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes.

Como vemos, establece los mismos requisitos y efectos que para un matrimonio heterosexual, y esto viene a plasmar la igualdad y el reconocimiento de un derecho excluido motivado en el pensamiento social de otros tiempos.

Análisis de los criterios expuestos por el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, Santa Fe

Los cambios sociales, descriptos en el apartado anterior, se trasladan al Derecho con normas de contenido humanista, que nacen con los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, llevando esta nueva visión al Derecho de Familia.

Esto último puede verse claramente en el caso que tramitó ante el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, Santa Fe, el cual explicamos a continuación.

⁶ Ley 26.618 - Código Civil. Modificación.

Las futuras cónyuges -denominadas con las siglas V.E.N y L.G.C- solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del art. 403 inc. c) del CCyC pidiendo que se les conceda autorización para contraer matrimonio. Es dable destacar que V.E.N. nació el 25 de diciembre de 1983 como fruto de la unión entre C.E.N y E.G.D y que esta última, es decir su progenitora, falleció el día 15 de enero de 1999. Luego, el 25 de septiembre de 2009 su progenitor contrajo segundas nupcias con L.G.C, y a los casi 4 meses -22 de enero de 2010-, falleció aquél. Con posterioridad al fallecimiento, V.E.N y L.G.C, comenzaron una relación de noviazgo, sin haber tenido nunca entre ellas trato de madrastra/hijastra.

En este sentido, y como luego manifestarían estas mujeres, su relación nació del afecto, la sinceridad, el apoyo y el compañerismo. Que, por ello, era su deseo contraer matrimonio. En ese orden de ideas, se presentaron el 07 de noviembre de 2016 en el Registro Civil, donde entregaron dos formularios de solicitud de matrimonio, adquiriendo fecha para la celebración el 14 de noviembre de 2016. Pese a ello, el 10 de noviembre del mismo año recibieron un llamado del Registro Civil haciéndoles saber que no podían celebrar el matrimonio por existir impedimento entre ellas.

Ante esta negativa, solicitan la inconstitucionalidad del caso concreto ya que la interpretación literal del art. 403 inc. c) del Cód. Civ. y Comercial conlleva una notoria injusticia y que la declaración no es para todos los casos, pudiendo declararse expresamente que una norma no es inconstitucional por sí misma, sino en tanto interpretación y aplicación.

Finalmente, el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario declaró la inconstitucionalidad del art. 403, inc. c), del Código Civil y Comercial, autorizando así a la celebra-

ción del matrimonio del cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla.

Dentro de los argumentos se estableció que: la ley impone el parentesco por afinidad como impedimento para contraer matrimonio, fundado en cuestiones éticas como argumento genérico, el cual menoscaba a estas dos mujeres que nunca tuvieron el trato de madrastra/hijastra, quedando atrapadas en una prohibición por obra de una ficción legal, máxime cuando el carácter personal y libre del consentimiento del matrimonio y la dignidad de la persona humana hace viable la excepción que justifica eximir del impedimento.

En este caso, se ponderó que las relaciones familiares no tienen la extensión que tuvieron antaño y, además, la afinidad como parentesco que impide el matrimonio se ha ido restringiendo a medida que ha ido avanzando el paso del tiempo, especialmente cuando su regulación es amoldable a las circunstancias concretas de cada tiempo y, por diversos factores, el ámbito de la familia del siglo que corre es mucho menos restringido que el que tuvo en épocas anteriores. Por otro lado, se tuvo en cuenta que el Registro Civil, a la hora de solicitar el matrimonio, les hizo completar con sus datos personales el formulario, pese a la existencia del impedimento; la casi nula posesión de estado o comportamiento íntimo o social entre la cónyuge sobreviviente y la hija del cónyuge de aquélla; la ausencia de descendencia entre la pretendiente y su cónyuge fallecido (lo cual diluye turbaciones familiares), el carácter personal y libre del consentimiento para contraer matrimonio y la dignidad de la persona humana (lo cual hace viable la excepción que justifica eximir del impedimento).

Sumado a ello, el pedido de inconstitucionalidad del art. 403 inc. c) del Código Civil y Comercial fue alegado por las

personas legitimadas, habiendo demostrado liminarmente la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el agravio que padecen al no poder contraer matrimonio válido, lo cual constituye un bien jurídico razonable a tutelar. Si bien la declaración de inconstitucionalidad constituye la última *ratio* del orden jurídico, es pertinente el cuestionamiento al reconocimiento del derecho concreto a contraer matrimonio y cuya efectividad obsta el citado precepto del Cód. Civ. y Comercial cuya validez se impugna, porque no existe la posibilidad de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (*Fallos*, 288:325; 290:83; 292:190; 301:962, LL, 1998-A, 476; 324:3345 DJ, 2001-3-867; 325:645, LL, 2002-D, 788). Es dable destacar que la mirada del intérprete debe ser concordante con los pactos internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país que, a partir de la reforma del año 1994, gozan de jerarquía constitucional con carácter operativo (art. 75, inc. 22, CN). ...

Esos textos deben obligatoriamente hacerse efectivos por el compromiso asumido por el Estado; destaca BIDART CAMPOS que “el principio *pro homine* como conjunto de pautas y criterios a observar indica que se ha de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera que sea la fuente que suministre esa norma -internacional o nacional-”. (BIDART CAMPOS, Germán J., “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*”, en *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectiva* coordinadores: BIDART CAMPOS, Germán J. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Ediar, Bs. As., 2000, p.12).

En forma concordante, se ha expresado nuestro Máximo Tribunal al sostener que “es trascendente que el Estado garantice el más amplio espacio de libertad e intimidad personal y familiar para ejercer y fortalecer los derechos humanos de cada uno de sus integrantes”. Principio

consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional con relación directa a la libertad individual, porque protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo, (CSJN, 15-04-1993, “Gutheim, Federico c/Alemann, Juan s/Recurso de Hecho”, E.D. 152-569).

.....
Explica el Tribunal que debe tenerse en cuenta el respaldo constitucional consagrado en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de la tutela judicial efectiva para evitar la frustración de derechos concretos amparados por garantías constitucionales, art. 706 y concs. del Cód. Civ. y Comercial y los arts. 67 y 142 inc. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. ...

Para finalizar, el Juez argumenta que el impedimento por afinidad se reduce a un reproche ético como fundamento en la manera de vivir en esa reducida agrupación que es la familia de las personas afectadas por el impedimento o bien por los usos y costumbres sociales, insuficientes para justificar la razonabilidad de la restricción. (FLEMING CÁNEPA, Eugenia, 2017).

CAPITULO III

Metodología

3.1 Tipo y nivel de investigación

La investigación es de tipo cualitativa, teórico documental y exploratoria. La información se recolectó me-

dian­te libros espe­cializa­dos en la ma­te­ria y resolu­cio­nes ju­di­cia­les; a su vez, se apli­ca­ron téc­ni­cas cuali­ta­ti­vas de tra­ba­jo de cam­po a partir de la en­tre­vis­ta a un in­for­man­te cla­ve.

En ese sen­ti­do, en un pri­mer mo­men­to, la in­ves­ti­ga­ción fue de tipo ex­plo­ra­to­ria, teó­ri­ca-do­cu­men­tal, a efec­tos de averi­guar los an­te­ce­den­tes y la evo­lu­ción respec­ti­va de la In­sti­tu­ción.

Co­men­za­mos la in­ves­ti­ga­ción ana­li­zan­do el ori­gen (fuen­tes di­rec­tas e in­di­rec­tas) de la re­dac­ción del art. 403 inc. c) del Có­di­go Civil y Co­mer­cial de la Na­ción. En este pun­to, cla­si­fi­ca­mos la in­ves­ti­ga­ción en dos lí­neas di­fe­ren­tes: a) An­te­ce­den­tes griegos/ro­ma­nos y b) An­te­ce­den­tes do­c­tri­na­les de la Re­li­gión Ca­tó­lica.

Lue­go, un in­for­man­te cla­ve (abo­ga­do re­la­cio­na­do en for­ma di­rec­ta con la cau­sa “N.V.E y O­tra s/In­co­sti­tu­cio­na­li­dad, del Tri­bu­nal Co­le­gia­do de Fa­mi­lia de Ro­sa­rio, 29/11/2016) fue en­tre­vis­ta­do. Pa­ra ello se pre­pa­ró un con­jun­to de pre­gun­tas, en­tre las que cabe men­cio­nar: 1) ¿Có­mo lle­gan las ac­to­ras a su es­tu­dio? 2) ¿Qué se plan­teó Ud. de ma­ne­ra pre­li­mi­nar, an­te esta si­tu­a­ción? 3) En su tra­yec­to­ria pro­fe­sio­nal, ¿tu­vo un plan­te­a­mien­to si­mi­lar? 4) ¿Cuan­to du­ró el pro­ce­so? 5) ¿Al­gu­na vez du­do de que pue­da sa­lir un fal­lo ad­ver­so? 6) Pos­te­rior a ello, ¿se le pre­sen­tó al­gún ca­so si­mi­lar? 7) ¿Tu­vo que ade­cuar sus prin­ci­pios y ver el ca­so in­cor­po­ran­do una per­spec­ti­va de gé­ne­ro? 8) Si la res­pues­ta es sí, ¿qué ade­cu­a­cio­nes con­si­de­ra ha­ber he­cho? 9) Si la res­pues­ta es no, ¿con­si­de­ra que dicha per­spec­ti­va po­dría ha­ber si­do útil pa­ra pen­sar el ca­so? 10) ¿Si­gue man­te­ni­en­do con­ta­cto con las ac­to­ras? 11) ¿En al­gún mo­men­to se en­tor­pe­ció el pro­ce­so? 12) ¿Pi­en­sa que el art. 403 inc. del CCCN es­tá im­pre­gna­do de fac­to­res po­lí­ti­cos, re­li­gio­sos y/o é­ti­cos? 13) ¿Pi­en­sa que es ne­ce­sa­ria una re­for­ma del art. 403 inc. c del CCCN?

14) Si su respuesta es sí, ¿esa modificación debe venir de la sociedad o del Poder Legislativo? 15) ¿Considera que debe existir otro artículo de transición más evolutivo?

Como conclusiones preliminares de lo expuesto, y en palabras del informante clave, el asunto fue un caso mediático, con alcances impensados, que vulneraban derechos civiles por normas endrocentristas. Consideró que el art. 403 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación está totalmente impregnado de factores religiosos, culturales (cuestiones de género- androcentrista) y políticos. Resulta necesaria una reforma integral del Derecho de Familia, se ha avanzado en algunas cuestiones, pero en otras nos hemos quedado a mitad de camino, ejemplo de ello se puede citar: compensación económica, nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, entre otras. A su vez, expresó que es necesario ir avanzando, toda vez que la norma sigue teniendo una mirada androcentrista. Discutamos todo, de base, la reforma del mismo, pero hay que hacer hasta dónde se puede, desde nuestro lugar. Finalmente, nos manifestó que “en Rosario está muy trabajado el tema de género, de diversidad, de disidencias, con lo cual es un tema muy interesante para deconstruirse, para comprender mejor, ya que somos palabras. La perspectiva cambia desde la capacitación, soy un aprendiz y todos deberíamos serlo”.

CAPITULO IV

4.1 Conclusiones

Así como el Derecho es una construcción social y su fin principal es responder a las cuestiones derivadas de las relaciones sociales, es menester destacar que se debe tener en cuenta la particular y constante transformación y

evolución en la que la sociedad se encuentra inmiscuida. Por lo tanto, el Derecho no es una construcción pétrea o estanca. Tal es así que, la palabra género constituye una expresión nueva, que oficialmente apareció en el año 2004, con la Convención Internacional de los Derechos de la Mujer.

Género es una construcción ideológica y cultural, que se reproduce en el ámbito de las prácticas y que influye en el resultado de éstas. Por ende, son los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina acorde a los patrones considerados propios de cada persona por una determinada sociedad en un momento histórico determinado.

A nuestro juicio, remarcamos la importancia de instruir y capacitar el proceso judicial con cuestiones de género, para que las sentencias tengan una visión de género, por lo que celebramos la decisión del Tribunal Colegiado Nro. 5 de la ciudad de Rosario, de Santa Fe, Argentina. De aquí, podemos destacar la importancia de un efectivo cumplimiento de la Ley 27.499, “Ley Micaela”, que plantea la capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

Tal como se manifestara anteriormente, en nuestro régimen el principio general es la capacidad para contraer matrimonio; que se relaciona con el principio de libertad para casarse. Esta capacidad está determinada por la ausencia de impedimentos matrimoniales y que, en el caso de la presente, resultó ser inconstitucional, discriminatorio y violatorio de los derechos humanos con jerarquía constitucional que tan celosamente se han de proteger.

Es importante mencionar que el impedimento no es el hecho en sí mismo, sino la prohibición que, en conside-

ración de éste, formula la ley para “tutelar la institución familiar”.

En ese sentido, compartimos la opinión expuesta por Úrsula BASSET (2016) “...O abrimos la brecha a fondo y ajustamos las incoherencias del sistema con el nuevo matrimonio (neutro, sin carácter específico, sin duración), abandonando las restricciones en aras del desinterés público en la institución; o hacemos espacio para la mayoría de los matrimonios que aún tienen alguna expectativa distinta para su unión, aunque sea por la vía de la libertad. Estos segundos matrimonios, que sospecho son todavía la mayoría de los matrimonios argentinos, no tienen espacio en el derecho actual, ni en los sueños ni el imaginario de los contrayentes, ni en sus deberes ni en sus expectativas. Y mientras que nuevas formas de vida familiar tienen cada vez más lugar, estos matrimonios, tienen cada vez menos. No se trata de quitar autonomías, sino tal vez de ampliarlas dando un equitativo reconocimiento público a todas las formas familiares, incluso las mayoritarias...un derecho que siga a las costumbres sociales en lugar de tratar de disciplinarlas”.

Los tiempos han cambiado, y con ello el concepto de moralidad socialmente aceptado. De esta forma, el Derecho también debe evolucionar a la par de los intereses de la sociedad.

Hacemos propias las ideas del informante clave al manifestar que “es necesario ir adaptando y modificando la norma ya que tiene una mirada androcentrista... la sociedad piensa en la modificación de la norma cuando le afecta a uno”.

En ese orden de ideas, y luego de un análisis del articulado en cuestión, queda en evidencia que es tan antigua la redacción de los impedimentos matrimoniales, que el legislador optó por incorporarla -duplicando disposi-

ciones antiguas- bajo los principios y directrices de otros tiempos, sin *aggiornarse* a los tiempos actuales, tornándose discriminatoria e injusta que escapan a las relaciones de familia actuales.

Como se ha señalado previamente, los impedimentos matrimoniales se encuentran atravesados por razones políticas, religiosas, morales, históricas y sociales, hoy obsoletas. En igual sentido, y en orden al caso estudiado, queda en evidencia que los aspectos relacionados con el género deberán ser tenidos en cuenta si deseamos realizar un acercamiento a la temática realmente inclusivo y que pueda contestar a las necesidades de la sociedad actual.

En este orden de ideas, podemos concluir que el art. . 403 inc. c) del Código Civil y Comercial Argentino colisiona con la realidad de la sociedad argentina actual, por lo cual sería conveniente una modificación de la normativa aplicable a fin de poder responder a las necesidades antedichas.

Informe final del proyecto: “Legitimación colectiva de sujetos vulnerables, con especial foco en consumidores”

Período 2021/2022

Equipo de Investigación:

Francisco LÓPEZ SIMPSON, Director (docente UDE)

María V. GISVERT, Co-directora (docente UDE)

Juan M. GALLO, investigador (docente UDE)

Fernando Sebastián PÉREZ, investigador externo

Débora MAIZA, investigadora (alumna UDE)

Introducción al trabajo realizado

Del objeto

Con la reforma constitucional de 1994 se amplió la legitimación procesal para tutelar los nuevos derechos y derechos de incidencia colectiva, considerando la repercusión social, colectiva y el interés general comprometido.

Partiendo del punto de vista de los procesos colectivos como sistemas de protección de derechos, cabe destacar que, a 27 años de este hito constitucional y procesal, determinados grupos vulnerables no tienen acceso real a la Justicia y tutela judicial efectiva de sus derechos, ya que la representación en los hechos se encuentra limitada. En esa línea, lo que se pretende lograr es determinar cuáles son los estándares de acceso a la Jurisdicción en materia de derechos colectivos de ciertos grupos vulnerables con especial foco en los consumidores, con el fin último de derribar las barreras existentes y proponer líneas de mejora en el acceso a la Justicia de estas tutelas diferenciadas.

Destacamos que, cuando hacemos referencia a grupos vulnerables nos estamos refiriendo a aquellos sectores o grupos de la población que por su condición de edad, sexo, estado civil, origen étnico o cualquier otro se encuentran en condición de riesgo, impidiendo su incorporación a la vida productiva, el desarrollo y acceder a mejores condiciones de bienestar.

Se consideran como grupos en situación de vulnerabilidad a grupos poblacionales como las niñas, los niños y jóvenes en situación de calle, los migrantes, las personas con discapacidad, los adultos mayores y pueblos originarios, etc. No obstante, como se señaló arriba nuestro foco estará puesto los consumidores de bienes y servicios.

Del desarrollo

El presente inició en julio del año 2021, y desde entonces hasta el momento en el que se encontró culminado este informe, se ha mantenido una dinámica de trabajo grupal e individual coordinados por el director y la codirectora del proyecto.

Al haber iniciado en medio de la pandemia del COVID-19, y todavía sin posibilidad de asistir presencialmente a la sede de la Universidad, los encuentros se realizaron bajo la metodología virtual sincrónica, utilizando la plataforma Zoom, y sin perjuicio de haber retomado la normalidad en 2022, lo cierto es que al tener investigadores externos que no residen en nuestra ciudad la metodología continuó llevándose a cabo, teniendo en consideración que tal formato fue satisfactorio para todos los integrantes.

Cada uno de los miembros del equipo desarrolló tareas de investigación respecto de un tema preacordado, fruto del consenso en las reuniones de trabajo señaladas.

Se realizaron entrevistas personales con diferentes actores involucrados en el escenario del acceso a la Justicia, los procesos judiciales y los consumidores.

De la forma de trabajo durante el año

La dinámica de trabajo, que entendemos fue muy positiva, comprendió la realización de una reunión fija mensual de todo el equipo para lo cual, previamente el director remitía una convocatoria a todos los integrantes especificando día y hora de la reunión, priorizando franjas horarias donde pudieran estar todos los miembros disponibles, lo cual nos llevó a reunirnos algunos días sábado por ejemplo. Además, en la convocatoria se señalaba un temario a tratar en la reunión, y un anexo con la correspondiente bibliografía y/o jurisprudencia de lectura necesaria y previa para la realización del encuentro virtual.

En el encuentro, se exponían los diferentes puntos de vista de la lectura realizada, y se realizaba una puesta en común de visiones a favor y en contra del tema analizado.

Finalmente, concluida la reunión se remitía una minuta con los temas tratados, los puntos salientes, las conclusiones y los interrogantes que quedaban sin respuesta, que generalmente eran el sustrato de la próxima reunión.

Asimismo, entre reunión y reunión, mediante un grupo de Whatsapp creado al efecto se compartían y analizaban asiduamente cuestiones vinculadas al proyecto.

De la producción científica

Anuario UDE

Como consecuencia, de esta investigación, y en el

marco del Anuario UDE 2021, se realizó un artículo jurídico titulado “Los consumidores y las 100 Reglas de Brasilia”, en el cual se abordó la problemática del acceso a la Justicia, indisolublemente unida a la legitimación, especialmente en el caso de los consumidores, que presentan especiales condiciones de vulnerabilidad y se enfrentan a sujetos más poderosos (los proveedores), consecuentemente son quienes más dificultades tienen ya que los ordenamientos procesales raramente se acuerdan de producir herramientas concretas para allanar estas barreras al sistema judicial, en este supuesto específico.

En ese entendimiento, explicamos y propusimos la aplicación de los principios y mecanismos que surgen de las 100 Reglas de Brasilia, a la categoría conceptual de consumidor como sujeto vulnerable, lo cual puede colaborar y/o suplir lo que el Código Procesal Civil y Comercial no regula.

Congreso Iberoamericano de Puerto Rico sobre acceso a la Justicia en el proceso administrativo

Se elaboró una ponencia para participar representando a la Universidad de Este; tal ponencia en lo sustancial recoge aspectos fundamentales del proyecto de investigación en curso, y fue presentada al comité organizador, siendo aprobada en mayo de este año.

La ponencia aprobada se titula “El acceso a la Justicia de los sujetos vulnerables en el procedimiento administrativo argentino a la luz de ‘Las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad’”, y fue defendida el día 15 de septiembre del corriente mediante participación virtual de 3 integrantes del equipo: FRANCISCO LÓPEZ SIMPSON, María Victoria GISVERT y Juan Manuel GALLO.

Es importante destacar que la actividad confiere puntos (obligatorios) de capacitación para abogados y abogadas en ejercicio profesional de Puerto Rico, por disposición del Tribunal Supremo de tal país, a través del programa de Educación Jurídica Continua.

De la estructura

Capítulo 1: Consumidores y legitimación. Importancia del tema elegido

Comenzamos explicando qué es un consumidor, y por qué lo consideramos “vulnerable” y cuál es una de las herramientas fundamentales para su protección, los juicios colectivos, que nos llevan a estudiar inevitablemente a la legitimación colectiva.

Capítulo 2: Acceso a la Justicia

Partiendo de un análisis respecto de que significa en Argentina “acceso a la Justicia”, teniendo en consideración la reforma constitucional de 1994 y cuál es el verdadero alcance que debe dársele, se estudia el caso de los consumidores vulnerables e hipervulnerables.

Asimismo se realiza un *racconto* de los procesos colectivos como herramienta de facilitación para sujetos vulnerables y sus legitimados legales y constitucionales. Además se escrutan las 100 Reglas de Brasilia y su implicancia en el tema estudiado; por último se proponen ítems de mejora para los procesos que involucren consumidores, con base en lo estudiado y las experiencias de otros fueros.

Capítulo 3: Legitimación y Categorías de derechos

Aquí se estudia el instituto de la legitimación en sentido clásico del Derecho Procesal, y sobre tales bases, se avanza advirtiendo cómo el surgimiento de los llamados derechos de “tercera y cuarta generación”, fue flexibilizando esta visión “singular” o “individual” que se tenía, para dar lugar a

lo que conocemos como “Legitimación Colectiva”. Además se verifica el contenido y alcance de la sentencia colectiva.

Capítulo 4: Panorama regulatorio en la República

En este capítulo se realiza un abordaje a las regulaciones existentes en la materia en las diferentes provincias del país, a la permanente exhortación del Poder Judicial al Poder Legislativo para completar un vacío postergado en materia de acciones colectivas, y se realiza un comentario al Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 6407.

Capítulo 5: Tratamiento dado por la Corte Suprema de Justicia de Nación a la legitimación colectiva

Análisis de los principales precedentes en la materia.

Capítulo 6: Experiencia recogida en las entrevistas con los diferentes actores del sistema de acceso a la Justicia para sujetos vulnerables

En el marco del presente proyecto se realizaron diferentes entrevistas con abogados y abogadas en su calidad de representantes de diferentes actores del sistema argentino de acceso a la Justicia para personas en condición de vulnerabilidad.

Capítulo 7: Conclusiones y propuestas de mejora

Aquí detallamos los principales problemas advertidos en materia de acceso a la Justicia de sujetos vulnerables, las principales conclusiones y propuestas de mejora.

Capítulo 1

Consumidores y legitimación, Importancia del tema elegido

1.1 Introducción

Consideramos oportuno comenzar dando una explica-

ción de la elección del tema para este proyecto de investigación.

La idea rectora, fundante de la elección, está vinculada intrínsecamente con nuestra forma de pensar y de ver el Derecho y el ejercicio de la abogacía, porque como abogados/as comprometidos con una sociedad realmente más justa y equilibrada tenemos la fuerte convicción de haber “encontrado” una herramienta apropiada para tal cometido, la legitimación colectiva para protección de los sujetos vulnerables. Los juicios colectivos.

En segundo lugar, pero no por ello menos importante a la hora de elegir nuestro tema, vemos que el acceso a la Justicia -o *el acceso a la tutela judicial efectiva conforme se conoce a este derecho*- no se encuentra garantizado en todos los grupos humanos que conforman nuestra sociedad. Específicamente, los grupos vulnerables como: personas mayores, personas menores, discapacitados, colectivos que representan minorías postergadas como la LGBT, y los consumidores, siendo estos últimos nuestro objeto central de estudio, encuentran trabas o complicaciones de diferente estilo para hacer un uso efectivo de los derechos concedidos por nuestra Constitución Nacional.

En ese sentido, nuestro foco estará puesto en el abanico de derechos que tienen los consumidores y usuarios, de jerarquía constitucional, para indagar acerca del funcionamiento de la estructura protectoria emanada del artículo cuarenta y dos del texto constitucional, poniendo especial énfasis en la manda de contenido imperativo que ella contiene: “las autoridades proveerán...” y que explícitamente exhorta a las autoridades -debiendo entenderse al Estado en sentido lato y no sólo al Poder Ejecutivo- a garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por el constituyente.

El tercer y último punto está dado por el carácter de derecho humano fundamental que reviste el Derecho del consumidor. Entender ello y ponerlo en perspectiva para analizar qué pasa con los sujetos más vulnerables de nuestra sociedad y el atropello de sus derechos o su subestimación permanente, tan sólo por el hecho de no pertenecer a los grupos económicos que ostentan el “poder real”, es para nosotros fundamental como operadores del Derecho y miembros del claustro docente para echar luz allí donde no la hay, y aportar nuestro grano de arena para que efectivamente se garanticen los derechos de toda la población y ante su eventual (aunque recurrente) inobservancia no se le vede la entrada a la Jurisdicción.

Los conflictos colectivos necesitan respuestas colectivas. No será el objeto de este trabajo analizar minuciosamente el paradigma del conflicto individual versus conflicto colectivo desde la perspectiva del Derecho Procesal, pero si al momento de comenzar esta investigación tendremos como norte la viabilidad de la solución con herramientas “distintas” y apropiadas para los conflictos colectivos.

En sociedades complejas, masificadas y globalizadas el individuo se encuentra en una clara desventaja, a la hora de intentar una vía de protección en situaciones vinculadas con el ambiente, la vigencia de derechos constitucionales, las políticas públicas o los derechos vinculados al consumo. Ante ellas el proceso individual es impotente y carece por completo de instrumentos para recomponer lesiones que se producen en una escala irreconciliable con las modalidades para las que fue modelado. La participación plural en un proceso judicial caracterizado por la igualdad de los contradictores, desarrollado en un escenario de cooperación que aliente

el diálogo, ante un juez que acompañe, ayude y guíe las distintas fases del debate jurídico y la producción de la prueba, permite acercarse a una solución que dirima y encauce la situación conflictiva ⁷.

Por último debemos tener siempre en mira que en los procesos colectivos se persigue la consecución de una sentencia colectiva, cuyo alcance se expande a los integrantes del grupo o clase, característica que entendemos debe ser aprovechada para la consecución del aseguramiento de los derechos de tercera generación que reconoce nuestra Constitución Nacional.

En ese sentido, hemos tenido oportunidad ⁸ de señalar que las acciones colectivas rompen con el paradigma tradicional de los procesos bilaterales en los cuales la decisión judicial declara el derecho y ordena su satisfacción. Así, en un proceso bilateral, los efectos de la sentencia no exceden a las partes ni crean obligaciones jurídicas hacia terceros ajenos al conflicto, sin perjuicio de que su precedente pueda tener un valor ejemplar para casos análogos. Sin embargo, en los procesos colectivos, los efectos de la sentencia exceden a las partes en una dimensión que puede variar según el colectivo que esté implicado: se puede extender a todos los sujetos que están alcanzados por los elementos comunes del caso (intereses individua-

7 OTEIZA Eduardo, prólogo para *Introducción a los procesos colectivos y acciones de clase* de Francisco VERBIC (2021) p. 17.

8 LÓPEZ SIMPSON, F., PÉREZ, S., “Acciones colectivas, alcance de la sentencia y defensa del consumidor”, Anuario 2020. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad del Este. 1a ed. La Plata, Librería Editora Platense 2021, pp. 192-93.

les homogéneos), o bien a todos los sujetos abarcados por una acción que tenga por objeto un bien colectivo. Entonces la característica más importante de la sentencia colectiva es que produce efecto *erga omnes*.

Bajo este marco, la expansión de los efectos de la cosa juzgada conlleva una ventaja insoslayable: facilita la tutela de un derecho respecto a quienes carecen de recursos y se encuentran impedidos de hacerlo.

1.2 ¿Qué es un consumidor y cuál es su importancia en la sociedad?

Según la ley especial que regula la materia -Ley de defensa del consumidor N° 24.240- sancionada en el año 1993, artículo primero-, se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. A su vez el Código Civil y Comercial de la Nación, cuya vigencia data del 1° de agosto de 2015, en su artículo 1092 replica a la mencionada ley y establece que: se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en

forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

El consumidor es calificado en función del destino que le asigna a los bienes o servicios de que dispone, por lo que resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar ⁹, siempre que sea para uso privado, razón por la que el sujeto protegido es aquel que actúa como destinatario final o de su grupo familiar o social.

Bien señala WAJNTRAUB ¹⁰, que a su vez retoma a Silvia TANZI y Ethel HUMPHREYS en su trabajo “El consumidor en el marco de la globalización”, L.L. online), que debe aclararse que no ha de confundirse los términos “consumidor” y “cliente”. El cliente es cualquier sujeto colocado en situación de demanda en un vínculo convencional con el oferente, sin importar la finalidad perseguida al establecer la relación contractual; y el consumidor final es quien destina la utilización de las cosas o servicios a fines privados. Las leyes de defensa del consumidor no hacen referencia a aquél sino que protegen a éste.

Ahora bien, ¿cuál es la importancia del consumidor como actor en el mercado?

Al ser el destinatario universal de todos los bienes y servicios que son producidos por los aparatos productivos y de servicios que existen a nivel nacional e incluso internacional, el consumidor individual tomado en el conjunto colectivo de cada país, o región, constituye una

9 STIGLITZ, Rubén S., “Defensa del Consumidor y contratación bancaria y financiera”, en Derecho del consumidor, dir. Por Gabriel STIGLITZ, N° 9, Juris, Rosario, 1998, p. 4.

10 WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor, comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1a ed., 2017, p. 18.

masa de sujetos inconmensurable, una suerte de masa inasible, sin perjuicio de que no todos los habitantes de cada uno de los países tienen acceso al consumo, lo cual los dota de un enorme peso en la vida diaria de cada sociedad. La afectación que se haga de sus derechos en determinado campo, desde luego impactará en el bienestar y eventualmente la paz social de cada conjunto social. Es a su vez un grupo altamente heterogéneo en cuanto a su formación, desde los niveles más básicos educativos a los más elevados, pasando por consumidores muy jóvenes o adultos mayores hasta con las más diversas profesiones, oficios y ocupaciones, por eso es imprescindible generar una protección que penetre en cada una de las capas que conforma a la sociedad de consumo.

Al interactuar en el mercado de consumo se adquiere el rol de consumidor y las personas quedan alcanzadas por las condicionantes que ese escenario les antepone para moverse en libertad. El escenario de los consumidores es el mercado de consumo. Éste es el contexto condicionante que influye sobre su persona y lo limita de diferentes formas. El mercado es generador constante de satisfacciones generalmente efímeras, y de frustraciones, a menudo duraderas, o al menos, recurrentes ¹¹.

Gabriel STIGLITZ señala que el correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos, exige como recaudo complementario, pero condicionante, la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores que garantice a éstos la concreta y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio

11 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, 1a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 4.

con los proveedores de bienes y servicios, en las relaciones de consumo ¹².

1.3 La vulnerabilidad como fundamento de protección del consumidor

El Derecho del Consumidor es un derecho en esencia protectorio, con base constitucional, que enmarcado en el orden público que impera las relaciones de consumo, atraviesa transversalmente las diferentes áreas del Derecho, para proteger a los ciudadanos.

¿Cuál es el fundamento de esta protección?

LORENZETTI señala que existe un supuesto de hecho que es el que demanda la protección, un estado de riesgo colectivo o de una clase o grupo, que el Derecho atiende especialmente ¹³.

Desde otros sectores de la doctrina consumeril se pone el acento en el acecho que realiza el proveedor sobre el consumidor. Debiendo protegerse a la parte débil de la relación debido a la “hiposuficiencia” que ostenta. Valga aclarar desde aquí, que el término “hiposuficiencia” ha sido utilizado para describir el mismo fenómeno al que nos referimos cuando hablamos de vulnerabilidad.

Esta hiposuficiencia es una noción subjetiva, indicativa de que el consumidor es una persona *careciente*. Pero esta carencia es generada por el mercado de consumo como factor condicionante, que pone de manifiesto, en ese

12 STIGLITZ, Gabriel, *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, Juris, Rosario, 1997, p. 111.

13 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, segunda edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 35.

escenario, la imposibilidad del consumidor de valerse por sí solo. Es preciso un auxilio exterior para lograr interactuar sin padecimientos en ese medio hostil. Por ende, el reconocimiento de esa situación de *vulnerabilidad* por los Estados lleva al dictado de normas especiales y al desenvolvimiento de acciones concretas con la finalidad de brindar la ayuda necesaria ¹⁴.

Al mismo tiempo LORENZETTI afirma que vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y por ello necesita protección del Derecho.

¿Cómo se materializa entonces esta vulnerabilidad?

Si bien las clasificaciones varían según los autores vemos que existe coincidencia en señalar como principales manifestaciones de esta vulnerabilidad a la económica y cognoscente y algunos autores como RUSCONI ponderan la vulnerabilidad psicológica estando ésta configurada por la dominación de tipo psicológico que le significa, al consumidor, el entorno condicionante de la sociedad de consumo. Y en tal sentido afirma “su naturaleza de sujeto necesitado, puesto frente a una multiplicidad de ofertas, informaciones, promociones, publicidades, consejos, modas y estímulos de diferente naturaleza se traduce en una alteración -supresión, disminución o retardo- de su capacidad de raciocinio” ¹⁵.

Vulnerabilidad económica

Por la claridad y enfoque del tema, vale aclarar que en este punto seguiremos a RUSCONI, puesto que desde luego este tipo de hiposuficiencia se manifiesta de dife-

14 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, cit., p. 11.

15 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, cit. p. 13.

rentes modos, pero las principales están dadas en primera medida por la diferencia neta de patrimonio entre el consumidor y el proveedor. En tal sentido, apunta RUSCONI, suele ser de ayuda la imagen, por cierto imperfecta por cuanto no agota el universo de consumidores y proveedores desde luego, del consumidor de servicios bancarios. Si pensamos en cualquier consumidor de a pie que por el solo y simple hecho de tener un trabajo formal o “en blanco”, cualquiera que sea ya tiene su cuenta sueldo, a lo cual generalmente viene adosada una tarjeta de crédito y cuenta corriente, vemos fácilmente que hay una asimetría estructural entre el poderoso, proveedor del servicio, un Banco en el ejemplo, y el consumidor como simple ciudadano, constituyéndose así en un débil jurídico.

Desde luego que puede darse el caso de algún consumidor rico, pero está claro que la mayoría de las veces es el proveedor el fuerte de la relación, quien detenta mayor poder económico.

Por su propio giro comercial, independientemente de la magnitud o tipo de explotación, posee necesariamente el asesoramiento de un grupo de técnicos profesionales -en áreas contables, jurídicas o técnicas- que lógicamente no están a disposición de los consumidores. Ello determina que las diferencias se acentúen aun más en situaciones de conflicto, en las cuales el común de los consumidores no contará con el apoyo o auxilio de un profesional, mientras que el proveedor ya tiene un presupuesto montado y destinado a este tipo de servicios desde el comienzo de sus actividades.

Vulnerabilidad cognoscente

Como adelantábamos al comienzo del apartado, este aspecto de la vulnerabilidad del consumidor es, unánimemente entendido como el más importante.

A tal punto es así, que da origen al derecho que es la verdadera columna vertebral del Derecho del Consumidor, esto es el derecho a la información (que además debe ser clara, igualitaria, suficiente, veraz y gratuita para el consumidor).

La información es un tema central, casi obsesivo, recurrente en la ley de protección; puesto que no se puede prescindir del desconocimiento medio, ordinario o general de los consumidores frente al saber, al dominio de los avances o adelantos de los fabricantes y distribuidores ¹⁶.

Este aspecto de la hiposuficiencia del consumidor exhibe una doble manifestación: por un lado el *desconocimiento técnico*, dado por la situación de que quien conoce el producto o servicio es su fabricante, productor, elaborador, distribuidor o vendedor lo cual lo hace portador de información sobre el -que directa o indirectamente conoce desde su creación- y a la que desde luego el consumidor no tiene acceso en las mismas condiciones.

Este desequilibrio en el dominio de la información técnica es el más determinante y omnipresente en la subordinación del consumidor ya que si por hipótesis nos planteásemos la existencia de un “súper consumidor”, que cuente con medios materiales y técnicos suficientes para emparejar a cualquier proveedor mediante la contratación de equipos multidisciplinarios de técnicos que los asesoren para decidir la compra de un bien, jamás podría acceder a los conocimientos e información que su fabricante o vendedor tiene acerca de sus ventajas o des-

16 MOSSET INTURRASPE, Jorge, “Introducción al Derecho del Consumidor”, RDPyC, nro. 5, Consumidores, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, p. 26.

ventajas ¹⁷.

Por el otro lado tenemos al desconocimiento cívico. Aspecto que se vincula intrínsecamente con el Estado (es necesario tener presente la exhortación realizada por el artículo cuarenta y dos de la Constitución Nacional ¹⁸ que mencionaremos en la introducción del presente capítulo) y posicionamiento frente a estos derechos. Debe llevar adelante políticas educativas que tiendan a garantizar el conocimiento de todos (o al menos el mayor número posible) los consumidores de cuáles son sus derechos y cómo deben consumir.

Lamentablemente, vemos que sin perjuicio de una normativa protectora que sin ser vanguardista no tiene nada que envidiarle a los países más desarrollados, un ejemplo concreto de ello es el capítulo entero dedicado por el Código de implementación de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires ¹⁹ a la educación para el consumo, no vemos todavía estos lineamientos bajados a la realidad. Los niños y niñas, adolescentes, deberían contar con una instrucción seria y detallada en materia de consumo para poder estar mejor preparados y cuando llegue el momento no verse sometidos en el primer parpadeo por la sociedad de consumo.

1.4 ¿Qué es la sociedad de consumo y por qué es

17 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, cit. p. 16.

18 Artículo 42 Constitución Nacional: "... las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo...".

19 Ley 13.133 y mod.

importante conocer de qué se trata?

BAUMAN ²⁰ concibe a la sociedad de consumo, no como una atenta por cumplir las exigencias básicas e inalienables de nuestro organismo, sino una que promueve en todos sus miembros integrantes la incesante búsqueda de satisfacción de deseos que ella misma crea y estimula para mantenerse en funcionamiento. Publicita y promete una “vida feliz” -satisfacción máxima aquí y ahora de todos los deseos- pero, a la vez, requiere frustrar sistemáticamente su cumplimiento definitivo para garantizar un deseo en constante movimiento. Sin embargo, esto aun no es lo más decisivo, “el secreto mejor guardado de la sociedad de consumidores” es que recompensará a todo individuo que participe de su lógica consumista con la inclusión social, pero no sin antes hacerle pagar el mayor costo de todos: transformarlo a él mismo en un atractivo producto de consumo. La característica más prominente de la sociedad de consumidores -por cuidadosamente que haya sido escondida o encubierta- es su capacidad de transformar a los consumidores en productos consumibles. Es importante conocer qué significa entonces que vivamos en una sociedad de consumo para poder prever cuáles son y serán los mejores mecanismos contra los abusos de la parte fuerte de esta sociedad por sobre la parte débil. Los estímulos de la publicidad, generadores de necesidades muchas veces inventadas por el propio productor del bien o servicio, irán siempre a favor del deseo humano de poseer cosas, que a su vez se asocia con el estándar de “vida feliz” y estatus que magistralmente explicaba

20 Zygmunt BAUMAN, *Vida de consumo*, Fondo de cultura económica, 2007, p. 26.

BAUMAN. En una sociedad de masas de consumidores, sumidos en un mercado voraz, es necesario que además de la protección de los derechos individuales funcionen acertadamente protecciones colectivas, que permitan frenar las conductas repugnantes al ordenamiento jurídico en forma prematura y con alcance colectivo, para desalentar tales prácticas abusivas por parte de los proveedores y no obligar al consumidor a transitar una serie de numerosos obstáculos para que un juez convalide su derecho.

En una sociedad de consumo, inherente por otra parte al sistema capitalista en el cual vivimos, es necesario que los sujetos vulnerables, en la especie consumidores, tengan disponible el acceso a la Justicia de manera tal que así como existen medios masivos de producción de bienes y servicios apuntados al colectivo de consumidores, también existan vías de ingreso a la tutela judicial de manera consistente y colectiva.

1.5 Acceso a la Justicia e hipervulnerabilidad

Es de destacar que en el contexto mencionado, sociedad de consumo, no sólo encontramos al consumidor tradicional de bienes y servicios, sino que también existen los consumidores hipervulnerables entendidos como aquellos consumidores que por diferentes motivos o cuestiones (por ejemplo: económicos, culturales, fácticos, etc.), que no necesariamente se encuentran ligados a la relación de consumo, ostentan o evidencian una situación de vulnerabilidad agravada o específica frente a la vulnerabilidad general que cotidianamente enfrenta cualquier consumidor ²¹. Al-

21 BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Consumidores hipervulnerables*, El Derecho, 1ra. ed., 2018, p. 576.

gunos autores, entre ellos María Belén REDONDO ²², grafican esta situación destacando que para que exista hipervulnerabilidad debe adicionarse a la situación de base de asimetría estructural que es inherente al consumidor, una o más concausas que agraven esa situación de desprotección y sometimiento del más débil al más poderoso de la relación jurídica.

Lógicamente los hipervulnerables necesitarán un refuerzo seguramente de su derecho de acceso a la Justicia, y valga aclarar aquí a que nos referimos cuando hablamos de acceso a la Justicia o derecho de tutela judicial efectiva, y para eso seguiremos la definición tomada por Caren KALAFATICH en su trabajo sobre acceso a la Justicia y consumidores hipervulnerables ²³. En el mismo se explica que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, en un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la Justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

En esa línea, y como principio rector de nuestro trabajo, tomamos como base la operatividad de los derechos constitucionalmente otorgados, y compartimos entonces lo expresado por BERIZONCE cuando afirma que “los derechos plasmados en la Constitución no son sólo garantías jurídico-formales, sino derechos plenos y ope-

22 REDONDO, María Belén, *Microjuris*, Doctrina audiovisual, 1/10/2021.

23 Ver “Acceso a la Justicia y consumidores hipervulnerables” en BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Consumidores hipervulnerables*, cit., p. 586.

rativos que exigen efectiva realización material. Su violación o su falta de virtualidad impone directamente al Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción”²⁴.

Además, y tal cual fuera anticipado en la introducción, tenemos la fuerte convicción de que los procesos colectivos pueden ayudar a dar respuestas ágiles y globales a los diferentes grupos vulnerables que componen la sociedad. Soluciones que se tornan todavía más urgentes cuando se pone en el centro de la escena a los sujetos hipervulnerables.

Los procesos colectivos tienden a facilitar el acceso a la Justicia de conflictos que de otro modo quedarían marginados del sistema debido a los conocidos obstáculos materiales (económicos) y personales (sociales y culturales) que impiden el ejercicio efectivo de los derechos por parte de la ciudadanía, tales como el desconocimiento de los derechos (potenciado cuando se pone en juego la aplicación de marcos normativos o cuadros regulatorios complejos), la falta de acceso a la información por parte de los afectados (agravada en general por la insuficiencia de medios para obtenerla), la relación costo beneficio desfavorable para el accionar individual (excesivo costo que conlleva el remedio, frente a la escasa cuantía del beneficio ulterior), entre otras²⁵.

24 BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la Justicia*, Librería Editora Platense, 1987, p. 56.

25 GIANNINI, Leandro J.; PÉREZ HAZAÑA, Alejandro; KALAFATICH, Caren; RUSCONI, Dante; SALGADO, J. María; SUCUNZA, Matías A.; TAU, Matías R.; UCÍN, Carlota y VERBIC, Francisco, en “Propuesta de bases para la discusión de un proyecto de ley

Y en ese sentido, resulta interesante, sostiene KALAFATICH, observar cómo la actitud de los jueces dentro del proceso puede generar mayor o menor acceso a la Justicia para los consumidores hipervulnerables. Un ejemplo de ello es el Acuerdo Plenario por Autoconvocatoria de la Cámara Nacional Comercial, en fecha 29 de junio de 2011 y toda la jurisprudencia que posteriormente se ha desarrollado en torno al tema, como por ejemplo, el caso “Dayan”. De estos precedentes surgen ciertas cuestiones que redundan en un mejor acceso y tutela de los consumidores aun cuando estén ausentes en el proceso como, por ejemplo: (i) el criterio de presunción de operaciones de crédito para consumo, aplicándose por defecto la Ley Nro. 24.240, si el actor no desvirtúa la misma; y (ii) la vista al Ministerio Público Fiscal en el marco del art. 52 de la Ley No 24.240 que actúe como fiscal de ley.

Los jueces, en estos casos, demuestran un activismo en pos de la defensa de los sujetos débiles. Esta actitud, que muchas veces parece algo aislado, en realidad es un compromiso de los magistrados que se encuentra respaldado por las 100 Reglas de Brasilia.

Así se ha resuelto jurisprudencialmente. El libre acceso a la Justicia de estos sectores vulnerables constituye el propósito vertebral de las ‘100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad’²⁶.

que regule los procesos colectivos”, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal, 2016.

26 Cámara Federal de la Seguridad Social, en los autos “Asociación REDI y otros c/EN Ministerio de Desarrollo Social s/amparos y sumarísimos” (Causa No 39031/2017) Sala 2.

Es indiscutible, a nuestro entender, la importancia del activismo judicial en esta área, puesto que según se desprende de la historia reciente de los precedentes de nuestro Máximo Tribunal, ha habido numerosos escollos del tipo económico y procesal (por ejemplo el no otorgamiento u otorgamiento parcial del beneficio de gratuidad consagrado en la Ley de Defensa del Consumidor) que han operado como verdaderas barreras en el acceso a la Jurisdicción.

Es por ello que creemos, junto con KALAFATICH, que el hecho de estar ante procesos colectivos que procuran la tutela de consumidores hipervulnerables tiene que llevar a los jueces a la aplicación directa y de oficio del principio *pro actione*, es decir, aquel principio de favorecimiento de la acción inspirado en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que presupone la subsanación de cualquier defecto procesal para la conservación de las actuaciones. Así, cuando el magistrado esté en dudas en torno a cualquier presupuesto del proceso colectivo (legitimación, representación, etc.), deberá tomar decisiones compatibles con la tutela judicial efectiva, es decir, preservando la acción (Ejemplo: dando un plazo para subsanar, integrar la litis con legitimados públicos, etc.). Pudiendo además desplegar todas las herramientas de “política judicial” con las que cuenta como para atacar el conflicto en forma sistémica, ya sea coordinando el pedido de informes con otras áreas del Estado, celebrando audiencias públicas, requiriendo informes de impacto económico, etc.

Los procesos colectivos resultan la principal herramienta para el acceso a la Justicia de los consumidores, por cuanto permiten allanar o balancear las desigualdades y resolver de manera conjunta la problemática de un colectivo de consumidores hipervulnerables, utilizando menos recursos del Poder Judicial. En razón de ello

proponemos dinamizar o flexibilizar la interpretación de ciertos institutos (legitimación, representación adecuada, etc.), y la aplicación oficiosa del principio *pro actione* para una mejor tutela judicial efectiva.

1.6 Un cambio de paradigma

El Derecho del Consumidor que vio la luz en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1993 es sin duda una de las disciplinas en el mundo de las ciencias jurídicas con mayor desarrollo. Hay todo tipo de normas para la protección del consumidor, las hay de fondo partiendo del propio artículo 42 de la Constitución reformada en 1994 y la ley especial, sancionada por el Congreso de la Nación, N° 24.240 y sus modificatorias, hasta las de forma como el código de implementación de los derechos del consumidor y usuario de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 13.133, aunque vale decir que esta última norma también prevé algunas regulaciones de fondo dentro de los límites de la competencia de la Provincia.

Este conjunto normativo previsto para la tutela del consumidor, constituye un Derecho que busca equilibrar -o al menos acortar la brecha- entre dos posiciones bien marcadas: el proveedor que es el sujeto poderoso de la relación y el consumidor que es el débil jurídico, para evitar abusos de parte de quien ostenta el poder *real* respecto del sujeto vulnerable y garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales del consumidor. Pero vemos que en la práctica y sin perjuicio de, en algún caso, la hipertrofia normativa de la materia, no se logran los objetivos propuestos, fundamentalmente porque el consumidor que sufre un avasallamiento en sus derechos muchas veces por falta de información o de recursos económicos no inicia un procedimiento administrativo por-

que entiende que nadie reparará el daño que ha sufrido. Muchas veces se trata de microafectaciones que tomadas individualmente no constituyen un caso de la suficiente cuantía como para poner en marcha la maquinaria administrativa y mucho menos la judicial.

El acceso a la Justicia es un principio fundamental de un Estado de Derecho, y si bien el artículo 52 de la Ley de Defensa al Consumidor le otorga al consumidor la posibilidad de iniciar las acciones judiciales pertinentes en pos de la defensa de sus derechos e intereses, en la actualidad el acceso de los consumidores a la Justicia es un camino arduo, insuficiente y con importantes obstáculos por sortear. Dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires coexisten diferentes sistemas administrativos que buscan brindar una solución a los conflictos y reclamos de los consumidores, pero, desnaturalizando la protección establecida en el plexo normativo del consumidor, estos procedimientos se encuentran orientados hacia la imposición de sanciones administrativas a las empresas, lo cual condena al olvido el único interés propio del consumidor: la reparación del daño acaecido. Para dar cumplimiento al mandato constitucional, la protección de los derechos e intereses del consumidor debe equilibrar las disparidades propias de una relación consumeril a través de un procedimiento adecuado, ágil y eficaz, cuya imperiosa finalidad sea la reparación del daño producido al consumidor y que contenga ante la eventualidad como último paso un control jurisdiccional rápido y simple ²⁷.

El mismo esquema de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es el que vemos reflejado en el territorio de la Provin-

27 BIGLIERI, Alberto, “El fuero de consumo porteño, después de la pandemia”. La Ley 2020-C, 822 - ADLA2021-5, 99.

cia de Buenos Aires, donde coexisten distintos organismos administrativos con diferentes procedimientos que comparten competencia en cuanto a la protección de usuarios y consumidores; como ejemplo de ello podemos nombrar: 1) Oficina municipal de defensa del consumidor, 2) Dirección provincial de Defensa del Consumidor, 3) Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, 4) Defensor del Ciudadano en el ámbito municipal, 5) entes reguladores de servicios públicos con jurisdicción local como OCEBA y la Autoridad del Agua, etc., y en los cuales también se comparte la característica enunciada arriba, esto es, procedimientos administrativos más orientados a la imposición de sanciones administrativas a las empresas que a reparar rápido los daños -mayores o menos- que sufre el consumidor.

Es por ello que creemos necesario un cambio de paradigma donde los procedimientos administrativos -siempre cuidando la constitucionalidad de su accionar- y la Administración de Justicia acudan más rápido y en forma colectiva para el restablecimiento ágil de los derechos conculcados y la reparación económica que corresponda en cada caso. Ésa es nuestra principal idea fuerza que conlleva al estudio de la legitimación colectiva de estos sujetos vulnerables, puesto que como se dijo al principio del capítulo, entendemos de enorme valor la herramienta que constituyen los procesos colectivos para la defensa de los más desfavorecidos de la sociedad.

Capítulo 2

Legitimación y categoría de derechos

2.1 Exordio

Como una primera aproximación al objeto que constituirá el análisis del presente capítulo, resulta pertinente

te abordar las nociones tradicionales de la Legitimación. Sobre tales bases, continuaremos analizando cómo es que el surgimiento de los llamados derechos de “tercera y cuarta generación”, fueron flexibilizando esta visión “singular” o “individual” que se tenía, para dar lugar a lo que conocemos como “Legitimación Colectiva”.

En efecto, el surgimiento de una sociedad de masas, una economía cada vez más globalizada, el consumo masivo y el agotamiento de los recursos naturales, de la mano de una fuerte evolución tecnológica, introducen riesgos que pueden potencialmente expandirse hacia grandes grupos de personas.

Por ello, resulta menester estudiar en qué medida el nuevo escenario colectivo rediseñó la visión tradicional de la Legitimación (tan arraigada en nuestra cultura judicial, incluso actualmente), dando lugar a un cambio de paradigma que resulta cada vez más patente ante el incesante avance tecnológico: con la proliferación y reconocimiento de estos nuevos derechos, comenzaron también a surgir las problemáticas con relación a su efectiva tutela judicial.

Ante esta nueva dinámica, el abordaje y resolución tradicionalista (modelo de proceso bilateral) no pareciera ser una herramienta jurídica efectiva para asegurar la tutela de estos nuevos derechos.

Las escasas previsiones conferidas por el legislador no alcanzan a reglamentar una cuestión tan compleja e importante. Ante esta evidente mora, el presente trabajo buscará aportar un poco de claridad, recapitulando los tipos de derechos reconocidos, quiénes resultarían ser los sujetos legitimados para su ejercicio y los alcances de una eventual resolución judicial en los procesos que implica el ejercicio de un derecho de incidencia colectiva.

2.2 Legitimación procesal en sentido clásico

Desde una óptica procesalista, la legitimación se perfila como “la cualidad emanada de la ley para deducir una pretensión ante la justicia (*legitimatío ad processum*), y que en la mayoría de los casos coincide con la titularidad de la relación jurídica sustancial (*legitimatío ad causam*)”²⁸: hay casos excepcionales, sin embargo, en que se produce una disociación entre las personas que detentan un derecho o interés legítimo y las que actúan en el pleito con legitimación procesal (Ej: un representante legal que deduce una pretensión sin intervención de su representado).

La legitimación guarda una íntima relación con la idea de capacidad, pero se diferencia de ella en que mientras la capacidad determina las condiciones generales para la intervención en el proceso, la legitimación define las condiciones necesarias para que ésta sea posible. En otras palabras, para litigar en una causa judicial concreta no es suficiente la capacidad procesal -que habilita genéricamente para actuar *per se* y supone la facultad de ejecutar actos procesales válidos- sino que es menester estar facultado para pretender o resistir en una contienda judicial.

En palabras de Lino E. PALACIO la legitimación procesal es “aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para

28 COLOMBO, Carlos y KIPER, Claudio, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, ps. 669 y conc.

contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso”²⁹.

Tradicionalmente, el Derecho argentino reconocía legitimación al sujeto que invocaba un “derecho subjetivo”, esto es, un derecho exclusivo y excluyente de la persona. Esa noción se fue “flexibilizando” a partir de algunos antecedentes jurisprudenciales trascendentes³⁰ y, finalmente, con la incorporación de los arts. 42 y 43 en nuestra actual Constitución Nacional, reconociendo legitimación a sujetos que invocan un derecho compartido a un grupo o clase de personas, los llamados “derechos de incidencia colectiva”.

29 *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. I, p. 121.

30 El famoso fallo CSJN, 7-7-92, “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros s/Recurso de Hecho” fue trascendental en tal sentido: citando textual, su considerando 25 refería que “(...) A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora (...)”. Asimismo, podemos encontrar el fallo JNFed,CAadm. N° 2, 10-05-83, “Kattan, Alberto E. y otro c/Gobierno nacional, Poder Ejecutivo”; L.L. 1983 -D-576, AR/JUR/2037/1983, donde se sostuvo “(...) la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, y defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre un menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar su defensa (...)”.

Como desarrollaremos más adelante, la legitimación cobra una mayor trascendencia en materia de acciones colectivas dado que, por un lado, se debe garantizar el derecho de defensa a todos los integrantes del colectivo invocado y, por el otro lado, la sentencia tendrá un efecto expansivo en cuanto a su alcance.

2.3 El fallo “Halabi” y las categorías de derechos. Los recaudos de admisibilidad de una acción colectiva. Panorama vigente

a. Categorías de derechos

A los efectos de hacer un correcto análisis respecto a la temática en estudio, no resulta ocioso traer a colación el precedente de la CSJN “Halabi”³¹, por cuanto marcó un punto de inflexión en materia de procesos colectivos, sentando las bases de una construcción pretoriana por parte de nuestro Máximo Tribunal que posibilitó la efectiva tutela de los derechos constitucionalmente reconocidos, puntualmente, en los arts. 42 y 43 de nuestra Norma Fundamental.

El fallo giró en torno a una acción de amparo, en la cual Ernesto Halabi reclamó que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, por considerar que dichas disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas e Internet sin que dicha norma determine “en qué casos y con qué

31 CSJN, 24-2-2009, “Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873. Dec. 1563/2004”.

justificativos”. Alegó asimismo que esa intromisión constituía una violación sobre sus derechos a la privacidad y a la intimidad en su condición de usuario, a la par que menoscababa la confidencialidad que, como abogado, tenía en las comunicaciones para con sus clientes.

Para resolver la cuestión planteada, la Corte Suprema consideró necesario determinar cuál sería la naturaleza jurídica del derecho que se procura tutelar en esta acción, quiénes y bajo qué condiciones resultarían ser los sujetos legitimados y, finalmente, qué efectos derivarían de la resolución que se dicte.

Delimitó así 3 categorías de derechos: “...individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...”³², dejando aclarado que en todos los supuestos debe comprobarse la existencia de un caso, causa o controversia, sin perjuicio de que su concepto varíe según la categoría de derecho que se trate.

a) Primera categoría: los derechos individuales.

Se trata de una prerrogativa jurídica conferida en exclusividad a un sujeto por el ordenamiento jurídico, que puede hacerla efectiva frente a los demás sujetos y se correlaciona con un deber jurídico. En otras palabras, se trata de un derecho exclusivo y excluyente de la persona.

En palabras de la Corte Suprema, “...Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados...”³³. Asimismo, aclara que

32 Ver considerando 9.

33 Ver considerando 10.

“...Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable...”³⁴.

Así, la existencia de un caso o causa se produce con la constatación sobre la afectación de ese derecho, traducido en un perjuicio actual o inminente, cierto, sobre su persona o patrimonio.

b) Segunda categoría: derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos.

La Corte tipifica esta categoría de derechos en base a sus rasgos distintivos. Señala al respecto que “(...) existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a

34 Ver considerando 10.

una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular...”³⁵.

Conforme lo reseñado, encontramos varios caracteres que configuran esta categoría:

35 Ver considerando 11.

- Indivisibilidad: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan, se impide la concesión sobre el como un derecho subjetivo.

- Uso común: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos y, por lo tanto, no pueden ser excluidos de su uso.

- Calificación objetiva: la calificación del bien como colectivo surge de una designación normativa objetiva. No resulta ser suficiente el hecho de que el bien pertenezca a una pluralidad de personas y sea indivisible, se requiere además una designación normativa para calificarlo como colectivo.

- Resarcimiento colectivo: en el supuesto en que se deba determinar un resarcimiento, la indemnización no tiene, al igual que el bien, un dueño en particular. No se traslada al patrimonio particular de una persona, por más que sea quien se haya adjudicado la legitimación para actuar en el proceso colectivo.

- Inalienables: los bienes colectivos tienen como regla general la inalienabilidad. Como el bien recae sobre un número indefinido de individuos y es indivisible, no se puede adjudicar sobre los mismos un derecho de propiedad que sea pasible de ser transmitido, sea voluntaria o forzosamente.

La existencia de un caso en este tipo de acciones estará sujeta a la demostración de un perjuicio sobre el bien colectivo en sí, el cual debe diferenciarse de los daños individuales surgidos a raíz de éste. Lo expuesto constituye el rasgo distintivo que determina la competencia y el tipo de proceso.

c) Tercera categoría: derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos.

El Máximo Tribunal define a esta tercera categoría como aquellos es los cuales "...no hay un bien colectivo,

ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”³⁶.

Se distinguen entonces tres elementos que la tipifican:

- Causa fáctica o normativa común: se trata de la existencia de un hecho único generador que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

- Pretensión enfocada en los efectos comunes y homogéneos del hecho: no debe tratarse de una sumatoria de derechos subjetivos como ya referimos. Ello se traduce en que el reclamo del individuo que promueve la acción debe estar basado en el mismo curso de eventos y envolver los mismos argumentos que los que involucran al resto de la clase.

- La afectación del derecho de acceso a la Justicia de los integrantes del colectivo afectado: se traduce en el hecho de que el interés individual de cada integrante considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la Justicia.

La existencia de un “caso” en esta categoría está supeditada a la constatación de un hecho común que afecte a una pluralidad de sujetos (causa fáctica común).

³⁶ Ver considerando 12.

Luego de analizadas las tres categorías de derechos, la Corte encuadró la pretensión de Halabi como un derecho individual homogéneo por cuanto no se circunscribe a una tutela para sus propios intereses, sino que es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, como así también, de todos los abogados. Se verifica entonces, un hecho único que causa una lesión a una pluralidad de derechos individuales, una pretensión concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados y una clara afectación del acceso a la Justicia, “...porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma...”³⁷.

2.4 Los recaudos de admisibilidad de la acción colectiva

Continuando con el análisis del caso, el Máximo Tribunal también enfatizó que, en materia de acciones colectivas, se debe cumplir con ciertos recaudos que hacen a su admisión y admisibilidad³⁸. Ellos son:

- La identificación del grupo o colectivo afectado: la clase debe estar definida de modo que los sujetos que la integran puedan quedar obligados por la sentencia que se dicte, o bien, puedan invocarla en acciones ulteriores. Su determinación debe efectuarse en base a criterios objetivos (por ejemplo, en “Halabi” serían los usuarios del servicio de telefonía y los abogados), lo que permite asimismo delimitar los alcances de la cosa juzgada y,

37 Ver considerando 14.

38 Ver considerando 20.

además, posibilita al juzgador evaluar si la pretensión está centralizada en los aspectos comunes del hecho dañoso.

- Se verifique la idoneidad de quien pretende asumir la representación.

- Se garantice una adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

- Se realicen medidas de publicidad: a fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Así, y luego de analizadas las cuestiones precedentemente descritas, la Corte Suprema entendió que existía en el caso una adecuada representación del colectivo, basándose en la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada y en el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encontraba firme y el decreto reglamentario 1563/04 suspendido en su vigencia ³⁹. También tuvo en cuenta las presentaciones realizadas en carácter de *amicus curiae* por parte de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

En cuanto a la cuestión de fondo, la Corte confirmó la sentencia apelada por entender que las normas cuestionadas por la actora trasgredían el derecho a la intimidad tutelado por los artículos 18 y 19 de la Constitu-

39 Ver considerando 14.

ción Nacional, dado que sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarían las interceptaciones sobre las comunicaciones privadas. Concluye así que “...resulta inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos...”⁴⁰.

2.5 La legitimación colectiva

Tal y como fuimos adelantado, el surgimiento y reconocimiento de los llamados derechos de “tercera y cuarta generación”, plantearon un cambio de paradigma respecto a la concepción tradicional de lo que hasta entonces se entendía como Legitimación Procesal. Frente al surgimiento de estos nuevos derechos plenamente operativos reconocidos constitucionalmente⁴¹, la “regla general” de que la legitimación activa la detentaba el titular de un bien jurídico individual, sobre el cual ejerce su derecho, ya no parecía ajustarse ante este nuevo escenario. ¿Qué

40 Ver considerando 26.

41 Recordemos que, a diferencia de los derechos programáticos, los derechos operativos son aquellos en los cuales su vigencia y reconocimiento no pueden estar supeditados a una posterior reglamentación. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido casi sin excepción la plena operatividad de los derechos reconocidos en los arts. 42 y 43 de la C.N. dada la trascendencia social, económica, política e institucional que gira en torno a los mismos.

sucede cuando el derecho o interés cuya tutela se pretende ya no es exclusivo de una persona, sino que resulta común a un colectivo o un grupo de personas determinado o determinable?

Como dijimos, la legitimación para actuar en procesos colectivos cobra una mayor trascendencia dado que, por un lado, se debe garantizar el derecho de defensa a todos los integrantes del colectivo invocado y, por el otro lado, la sentencia tendrá un efecto expansivo. Se requiere de una legitimación procesal que resulte consecuencia de la existencia de derechos de incidencia colectiva protegidos por la Carta Magna.

Podríamos afirmar entonces que un derecho subjetivo origina un proceso individual, pero cuando hay una pluralidad de derechos afectados por una causa fáctica común, o un bien de incidencia colectiva amenazado o lesionado, el proceso será colectivo.

Así, el proceso colectivo comprende una pluralidad de sujetos (activos o pasivos) con una pretensión enfocada en el aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos y una sentencia con efectos expansivos que exceden a las partes intervinientes en litigio.

A los efectos de avanzar con la temática en estudio, resulta necesario identificar quiénes serían los sujetos legitimados para actuar en un proceso que tenga por objeto la tutela de un derecho de incidencia colectiva.

2.6 Los sujetos legitimados en procesos colectivos

Los legitimados en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución Nacional, en el segundo párrafo de su artículo 43 menciona expresamente a los legitima-

dos para iniciar un proceso colectivo. La norma constitucional recepta que: “...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

Se distinguen entonces tres legitimados para iniciar una acción colectiva: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones.

El afectado

Al referirse el constituyente como “el afectado”, debemos diferenciar esta figura respecto de la legitimación a la cual denota el primer párrafo del artículo 43, es decir, del titular de una prerrogativa jurídica individualizada por ley (subjética) que resulta actual o inminentemente lesionada por un acto u omisión de un particular o de autoridades públicas ⁴².

Conforme lo sostiene la doctrina mayoritaria ⁴³, la fi-

42 Conforme artículo 43 primer párrafo: “...Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

43 Ver: BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, t. II, p. 382; GELLI, María

gura aquí en estudio se trata de un sujeto que tiene un interés compartido con otros integrantes del grupo: la legitimación dependerá de la acreditación de la titularidad de un derecho de incidencia colectiva y de la claridad de la lesión o amenaza a su respecto. Sobre este último punto, debe entenderse de un perjuicio diferenciado, es decir, no exclusivo de la persona sino diferenciado a un grupo o sector.

A todas luces, el objetivo del constituyente consistió en permitir que aquella persona vulnerada en su esfera individual pueda promover una acción de amparo ya no sólo en defensa exclusiva de su derecho sino también en defensa de todos aquellos que se encuentran en su misma situación (de todos los miembros del grupo al cual pertenece el afectado en cuestión) ⁴⁴.

El Defensor del Pueblo

La figura alcanzó mayor relevancia a raíz de la última reforma constitucional que lo consagra en su artículo 86. El mandato principal que impone el constituyente al Defensor del Pueblo consiste en "...la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas..." ⁴⁵.

Angélica, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 491; ROSATI, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 110; entre otros.

44 SALGADO, José M., *Tutela Individual homogénea*, Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 149-152.

45 Conforme artículo 86 Constitución Nacional.

Es por ello que se trata de uno de los legitimados previstos en el segundo párrafo del artículo 43. No obstante, su legitimación se caracteriza por la particularidad de que la acción será ejercida en nombre propio, pero a efectos de defender un derecho cuya titularidad resulta serle ajena.

Atento a esta suerte de “legitimación anómala”, existen ciertas precisiones obrantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación que debemos traer a colación a fin de obtener una mejor delimitación.

Su presentación ante la Justicia debe estar comprometida con la defensa de derechos colectivos, no subjetivos. La actuación del Defensor del Pueblo no puede invadir la esfera de intereses patrimoniales cuya defensa puede procurarse a nivel individual. En correlato, la existencia de un caso resulta supeditada a la defensa de intereses colectivos que trasciendan los meros planteos patrimoniales perfectamente fragmentables en la cabeza de distintos titulares. En palabras de la Corte: “...queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo contemplada en el art. 43, segundo párrafo, de la Carta Magna la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados...”⁴⁶.

Limites en cuanto a la jurisdicción: los Defensores del Pueblo locales no tienen legitimación para cuestionar una norma o acto que emanen de autoridades pertenecientes a otra jurisdicción (por ejemplo, en el orden nacional), a menos que la ley que lo crea le haya otorgado dichas potesta-

⁴⁶ CSJN, 26-6-2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c/E.N.-P.E.N.-dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986” considerando 11-

des. La Corte Suprema al respecto sostuvo que: "...Si bien el artículo 13 inc. H de la ley 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está facultado para promover acciones incluso en el fuero federal, dicha potestad está limitada a la actuación en juicio en defensa de los derechos individuales o colectivos ante los tribunales de la Justicia ordinaria de la Capital, o cuando las leyes nacionales o federales hayan sido aplicadas en el ámbito local por órganos de esta última naturaleza..."⁴⁷.

La acción no se limita únicamente al amparo: las facultades de intervención judicial del Defensor del Pueblo para el inicio de acciones, no se agota con la enumeración del artículo 43. Al respecto, se señaló que "...el artículo 86 de la Constitución Nacional, al establecer que el Defensor del Pueblo de la Nación tiene legitimación procesal, no ha querido otorgarle solamente la legitimación procesal reconocida en el artículo 43 para interponer acción de amparo, siendo que una interpretación diversa implicaría lisa y llanamente ignorar la existencia del referido artículo 86 echando por tierra el principio según el cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas ellas con valor..."⁴⁸.

El carácter adhesivo respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

47 CSJN, 31-10-2006, "Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986" considerando 7.

48 CSJN, 24-5-2005, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro".

Las asociaciones.

Respecto a las asociaciones, el texto constitucional otorga su legitimación supeditada a tres aspectos esenciales. Refiere la norma al respecto que: “...las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”(el subrayado nos pertenece).

Fines de la asociación: implica que el objeto del litigio debe coincidir con el de las metas institucionales.

- registradas conforme a la ley: con el objeto de visibilizar un control estatal respecto de su capacidad, idoneidad y representatividad.

- los requisitos y formas de su organización: implica ordenar la estructura de las asociaciones.

El problema radica en el hecho de que la ley a la cual refiere la norma constitucional aún no fue dictada al momento de escribirse estas líneas (pese a que ya pasaron más de 25 años). Sin perjuicio de ello, aun frente a este vacío legal, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido casi sin excepción la plena operatividad de la norma en cuanto confiere legitimación colectiva a las asociaciones sin perjuicio de que, vale aclararlo, por lo general han limitado el análisis a que el objeto estatutario de la organización coincida con el del litigio.

Los legitimados en la Ley de Defensa del Consumidor

Contemporánea a la reforma constitucional del año 1994 fue sancionada la primera ley de Defensa del Consumidor, Ley nacional N° 24.240⁴⁹. Ya en su versión original, su artículo 52 segundo párrafo admitía la legitimación por parte del “Ministerio Fiscal” y “La Autoridad de Aplicación Nacional o Local”, lo que resultaba sumamen-

49 Promulgada parcialmente el 13/10/1993.

te progresivo para su época.

Con su reforma del año 2008 ⁵⁰, se incorpora también en dicho artículo la figura del Defensor del Pueblo, coherente con el texto constitucional del año 1994 como ya vimos ⁵¹. También modifica el artículo 54 de la ley, con el objeto de dar una mayor precisión sobre el alcance de las sentencias recaídas en acciones colectivas, como veremos más adelante.

Pero, en lo que hace al punto en estudio, podemos afirmar que la Ley de Defensa del Consumidor amplía los legitimados activos para el inicio de una acción colectiva, por cuanto incorpora (además de los tres legitimados que ya vimos antes) la figura del Ministerio Público Fiscal y la de La Autoridad de Aplicación Nacional y Local.

Ministerio Público Fiscal

La legitimación del Ministerio Público en estos supuestos decanta del mandato que le encomienda el artículo 120 de la Constitución Nacional, esto es, promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, que lo habilitan a intervenir en conflictos en los que se encuentre afectado de manera grave el acceso a la Justicia, por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas ⁵².

⁵⁰ Promulgada mediante Ley N° 26.361 de fecha 7/04/2008.

⁵¹ Sucede que la Ley de Defensa del Consumidor fue promulgada unos meses antes que la reforma constitucional del año 94, en la cual se incorporaba la figura del Defensor del Pueblo.

⁵² Conforme artículo 120 C.N. y artículos 2, inc. e) y 31 inc. b), ley 27.148.

Por otra parte, el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor expresamente le otorga al Ministerio Público una legitimación que abarca dos tipos de funciones posibles: puede actuar como parte y puede actuar como fiscal de la ley. Lamentablemente, su redacción no establece precisión alguna en materia procesal, por lo que entendemos resulta aplicable el régimen de las distintas provincias en forma subsidiaria.

No obstante, dicho artículo sí pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la obligación de continuar con la acción colectiva para el supuesto de abandono o desistimiento por parte de la asociación de consumidores.

Asimismo, el artículo 54 establece que para el supuesto caso de que exista un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio salvo que éste sea el propio actor de la acción colectiva.

En síntesis, tenemos que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado actuando como parte en defensa de derechos colectivos o como fiscal en garantía de la normativa legal, con mayor razón para el caso de desistimiento o abandono de la acción por parte de las asociaciones o del mismo consumidor, en cuyo caso la titularidad activa será asumida por dicho órgano. Asimismo, recae en sus funciones emitir dictamen y expedirse respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados frente a un acuerdo o transacción cuando dicho órgano no sea parte.

La autoridad de aplicación

Como señalamos, el artículo 52 de la ley 24.240 autoriza a promover acciones colectivas a las autoridades de aplicación, ya sea a nivel nacional o local (provincias y municipios). No obstante, este reconocimiento que otorga la ley resulta bastante controvertido ya que las autorida-

des de aplicación no tienen personería jurídica diferenciada que le permita accionar por sí misma, es decir, en forma autónoma. Por esta razón no está muy en claro a qué tipo de legitimación se refiere la norma y cuál sería su aplicación real.

Los legitimados en la ley general de ambiente

La ley N° 25.675 otorga legitimación activa “...para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimada para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo...”⁵³.

Ya hemos visto las figuras mencionadas en el artículo citado, que guardan perfecta coherencia con el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional, agregándose como legitimado al Estado en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones: nacional, provincial o municipal.

La problemática entonces gira en torno a la redacción de la norma, observándose que la misma denota a distintas acciones, al menos, tres: la acción de cesación de daño ambiental de incidencia colectiva, la de recomposición del ambiente y la de indemnización.

53 Conforme artículo 30, Ley Nacional 25.675.

Resulta particularmente esclarecedor sobre esta cuestión, lo sostenido por Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI quien distingue que, para la acción de recomposición, la ley menciona al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y al Estado Nacional, Provincial y Municipal como legitimados. Sin embargo, al agregar el artículo 30 en la última parte del primer párrafo que "...quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción...", la prestigiosa jurista entiende que al referirse a la legitimación en materia de indemnización, la ley circunscribe el concepto "afectado" o "damnificado" como aquel que "vive en la jurisdicción", requisito que no se exige para pedir la recomposición. Así, un ciudadano de Buenos Aires podría pedir la recomposición del daño ambiental producido en Ushuaia, pero no estaría legitimado para solicitar su indemnización ⁵⁴.

Esta postura no es compartida por PIZZARO y VALLESPIÑOS, quienes refieren que del artículo 30 de la Ley General de Ambiente, únicamente emergen dos tipos de acciones: la de cesación de los efectos de la acción dañosa y la de reparación del daño ambiental de incidencia colectiva a través de la recomposición o de la indemnización sustitutiva o complementaria. Consecuentemente, entienden que el "afectado" y la "persona directamente damnificada

54 KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675. Ley general del ambiente (LGA)", en Anticipo de Anales, Año LI, 2º Época, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2006, n. 44, p. 11.

por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción” son figuras idénticas y que únicamente no fueron nombradas de igual manera por desprolijidad del legislador.

Así, en materia de legitimación activa, afirman que para la acción de cesación del daño ambiental la norma es categórica por cuanto afirma que puede ser ejercida por “toda persona” en el sentido más amplio: física o jurídica, pública o privada. En cuanto a la acción por reparación del daño ambiental (a través de la recomposición o de la indemnización sustitutiva o complementaria), los legitimados son los mencionados en el primer párrafo del artículo 30 de la Ley General de Ambiente, con la salvedad de que el afectado debe acreditar un “interés razonable en la prevención del daño” conforme el artículo 1712 del Código Civil y Comercial de Nación. Según esta postura, se desprende de la lectura del artículo que no sería un condicionamiento para ejercer la legitimación activa si un sujeto vive en una jurisdicción distinta a la del hecho acaecido, siempre y cuando acredite un interés razonable en la defensa de aquellos intereses colectivos.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, los citados autores critican la redacción de la norma aduciendo que carece de sensatez en lo que hace al plano resarcitorio del daño colectivo, pues no comparten que se admita como legitimado a cualquier persona que invoque la calidad de “afectado”, y mucho menos, que se le otorgue a quien demande primero virtualidad para enervar la posibilidad de accionar de otros legitimados activos, quienes únicamente podrían intervenir como terceros ⁵⁵.

55 PIZARRO-VALLESPINOS, *Tratado de responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, Tomo III, pp. 467-473.

2.7 Legitimación colectiva en sede administrativa

A la luz de las previsiones conferidas por la ley 24.240, se plantea la cuestión respecto al alcance de las actuaciones administrativas cuyo objeto verse sobre un interés individual homogéneo que se denuncia como lesionado.

Si bien no constituye el objeto del presente trabajo ahondar en este tema particular, resulta pertinente detenernos un momento para efectuar un somero análisis que busque mínimamente señalar las problemáticas que giran en torno a su implementación, buscando traer un poco de claridad ante tal vacío normativo.

Como sujetos de preferente tutela, los usuarios y consumidores poseen dos tipos de acciones, las cuales, no resultan ser excluyentes entre sí: por un lado, se encuentran las acciones judiciales tipificadas en el capítulo XIII de la ley nacional 24.240. Por el otro lado, la ley también prevé la posibilidad de iniciar una acción administrativa frente a una autoridad de aplicación, lo que se encuentra expresamente previsto en el capítulo XII de la referida norma.

Sobre tales bases, las Autoridades de Aplicación (ya sea a nivel nacional, provincial o municipal) poseen un amplio abanico de atribuciones orientadas a cristalizar el mandato constitucional de “proveer” a la protección de esos derechos. La forma en que se implementará el procedimiento sancionatorio es materia de reserva de cada provincia (Conf. art. 121 C.N.): por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires el procedimiento sancionatorio está regulado por la ley 13.133; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la ley 757.

Resulta claro que el objeto de ambas acciones (judicial y administrativa) es distinto y, de hecho, ésta es la razón

por la cual no resultan ser excluyentes entre sí. Mientras una acción judicial tiene por objeto la tutela de derechos o intereses que resulten ser afectados o amenazados en el marco de una relación de consumo (art. 52 y sigs.), el objeto de una actuación administrativa radica esencialmente en el control por parte del Estado sobre la actividad desarrollada por el proveedor: frente a la efectiva constatación de una conducta considerada trasgresora de la Ley 24.240, la autoridad de aplicación iniciará un sumario que culminará con la emisión de un acto administrativo sancionatorio.

No obstante, la atribución de estas potestades jurisdiccionales a las autoridades locales de aplicación dependientes del Poder Ejecutivo hace que se yuxtapongan las finalidades de ambas acciones (administrativa y judicial): en la práctica, estos organismos administrativos suelen canalizar los reclamos que buscan el reconocimiento de un resarcimiento patrimonial acotado (los llamados micro-daños). Si bien la norma otorga el beneficio de “Justicia gratuita” y la aplicación del proceso más abreviado en la jurisdicción del tribunal ⁵⁶, en los hechos, el inicio de acciones tendientes a obtener la reparación integral de este tipo de “micro-daños” se da en la minoría de los casos.

La idea del legislador fue entonces, otorgar potestades jurisdiccionales a las autoridades de aplicación, a fin de que puedan fijar “indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo”: el llamado daño directo.

Esta figura encuentra ciertos límites en cuanto a su alcance: por un lado, lo extrapatrimonial no puede ser

⁵⁶ Conf. art. 53 ley Nacional 24.240.

indemnizado; tampoco incluyen las consecuencias mediatas⁵⁷. En suma, cumple una función resarcitoria acotada.

Sentado ello, sabemos que las actuaciones administrativas pueden ser iniciadas a pedido de parte, o de oficio, por parte de “(...) quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores (...)”⁵⁸.

Si bien el texto de la norma resulta ambiguo, entendemos que cuando refiere en su art. 45 al “interés general de los consumidores” hace alusión a la tutela de un interés individual homogéneo.

Como hemos visto, la autoridad de aplicación es uno de los sujetos legitimados por la ley (si bien no está muy en claro a qué tipo de legitimación hace referencia). En paralelo, la norma otorga facultades jurisdiccionales a las autoridades de aplicación para fijar un daño (aunque acotado) a favor de los usuarios o consumidores o quien actuare en defensa del “interés general de los consumidores”.

Esta cuestión nos lleva a plantearnos ¿podría la Administración Pública tomar intervención frente a un colectivo de usuarios que invoca un interés individual homogéneo afectado? ¿En qué contexto? ¿podría fijar un daño directo a favor de los integrantes del colectivo?

La norma en nada impide a que ello suceda, pero tampoco nada prevé con relación a su procedimiento.

Creemos que esta cuestión, necesariamente, deberá conciliarse con los parámetros establecidos por nuestro Máximo Tribunal en materia de procesos colectivos, subsumidos dentro de los alcances propios de toda actuación

57 Ver art. 40 bis ley Nacional 24.240.

58 Conf. art. 45 ley Nacional 24.240.

administrativa y respetando asimismo los principios y garantías propios de todo procedimiento administrativo (debido procedimiento adjetivo).

Ante un planteo de tales características, la autoridad de aplicación debería entonces redoblar esfuerzos para identificar el hecho único generador que causa una lesión al colectivo implicado; cual sería la pretensión focalizada en los efectos comunes del hecho generador; delimitar el colectivo afectado; la idoneidad de quien pretenda asumir la representación del colectivo y asegurar la notificación de aquellas personas que pudieran tener un interés en la denuncia.

Con dichos recaudos cumplidos, la autoridad de aplicación de ley bien podría sancionar el proveedor si se constatare que éste ha trasgredido o infringido alguno de los mandatos reconocidos por la ley, incluso podría fijar un daño directo a favor de los integrantes del colectivo afectado, siempre que se cumpla debidamente el procedimiento administrativo previsto, garantizando el derecho de defensa por parte del proveedor y que tal resolución quede sujeta a un control judicial amplio y suficiente.

2.8 El alcance de la sentencia colectiva

2.8.1 Las características de la sentencia colectiva

Las acciones colectivas rompen con el paradigma tradicional de los procesos bilaterales en los cuales la decisión judicial declara el derecho y ordena su satisfacción. Así, en un proceso bilateral, los efectos de la sentencia no exceden a las partes ni crean obligaciones jurídicas hacia terceros ajenos al conflicto, sin perjuicio de que su precedente pueda tener un valor ejemplar para casos análogos.

En los procesos colectivos, en cambio, los efectos de la sentencia exceden a las partes en una dimensión que puede variar según el colectivo que esté implicado: se puede extender a todos los sujetos que estén alcanzados por los elementos comunes del caso (intereses individuales homogéneos), o bien a todos los sujetos abarcados por una acción que tenga por objeto un bien colectivo.

En otras palabras, la característica más relevante de la sentencia colectiva es que produce efectos *erga omnes*, por cuanto se produce una necesaria expansión de los efectos de la cosa juzgada hacia quienes no formaron parte del debate procesal, lo que rompe con la función tradicional del juez y lo obliga muchas veces a actuar como legislador o administrador gubernamental.

En efecto, en las sentencias colectivas (especialmente en aquellas cuyo objeto gire en torno al bien colectivo) se advierte muchas veces un activismo judicial que avanza sobre áreas que en otros tiempos se consideraban propias de otros poderes, a fin de poder cubrir una demanda social existente y postergada.

Bajo este marco, la expansión de los efectos de la cosa juzgada conlleva una ventaja insoslayable: facilita la tutela de un derecho respecto a quienes carecen de recursos y se encuentran impedidos de hacerlo.

2.8.2 Las sentencias sobre los intereses individuales homogéneos

La cuestión de los efectos expansivos de una sentencia recaída en una acción colectiva cuyo objeto consiste en la tutela de un interés individual homogéneo puede variar, según sea la decisión que adopte el justiciable.

En efecto, si el juzgador hace lugar a la acción, la misma beneficiará a todos los integrantes del colectivo, aun

cuando éstos no hayan intervenido en el proceso.

No obstante, existe también la necesidad de preservar la autonomía de la voluntad de quienes no deseen verse alcanzados por los efectos de la sentencia colectiva. Lo contrario implicaría una evidente trasgresión al artículo 19 de nuestra Constitución Nacional por cuanto vulneraría una libertad individual.

Así, el mecanismo tendiente a proteger esta libertad individual se materializa a través de los requisitos que la propia CSJN ha expresado y exigido a partir de la doctrina “Halabi”, específicamente, en cuanto a la exigencia de publicidad sobre la acción colectiva, por ejemplo, mediante medios periodísticos locales o a través de edictos. Esta publicidad permite que quienes no quieran ser alcanzados por los efectos *erga omnes* de la futura sentencia colectiva, lo puedan manifestar en el proceso, quedando excluidos del mismo.

En este mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor prevé “...La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga...”.

Así, la construcción pretoriana desarrollada por nuestra CSJN a partir de “Halabi” guarda armonía con lo tipificado en la ley 24.240, por cuanto permite la exclusión (tanto del trámite del proceso como de los efectos de la sentencia) respecto de los sujetos que en tal sentido se manifiesten dentro del plazo establecido.

Para el supuesto en el cual la acción colectiva sea rechazada, sus efectos expansivos van a variar según el motivo por el cual se haya rechazado tal acción.

Si el juez rechaza la acción por entender que la misma carece de fundamentación suficiente, los efectos del rechazo son generales y abarcan a todo el colectivo, pese a que se podría intentar luego una nueva acción si es que se alegan y prueban hechos nuevos.

En cambio, si la sentencia es rechazada por falta de pruebas, el fallo sólo tiene validez para las partes y cualquier otra persona legitimada podría iniciar una nueva acción subsanando este defecto.

Lo expuesto se desprende del segundo párrafo del artículo 33 de la Ley General de Ambiente, el cual recepta que "...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias...".

Así, cualquier miembro del colectivo que no intervino directamente en el proceso y que cuente con prueba dirimente sobre la decisión del caso, podría promover una nueva acción.

2.8.3 Las sentencias sobre bienes colectivos

A fin de analizar los efectos de las sentencias recaídas sobre aquellas acciones que tienen por objeto la tutela de un bien colectivo, primero debemos hacer una distinción entre aquellas decisiones que hacen referencia a una determinada situación jurídica y los derechos involucrados entre las partes, respecto de las que hacen a la ejecución del decisorio.

Ello por cuanto en estos procesos no hay una sola sentencia que pone fin al litigio, sino varias que suelen configurar un proceso adaptativo hacia una solución definitiva sobre el objeto de éste.

Sobre estas bases, se emiten primero sentencias declarativas con el objeto de definir los derechos en conflicto

y la situación jurídica de las partes respecto a éstos. En otras palabras, lo que se busca es una decisión judicial en las primeras etapas de una controversia, a fin de reducir la incertidumbre jurídica respecto a una ley o contrato. Tiene efecto de cosa juzgada y se caracterizan por generar un alto impacto mediato y social dada la importancia del bien afectado.

Posteriormente a la emisión de esta sentencia declarativa, surge un proceso complejo que hace al cumplimiento del decisorio, materializado a través de numerosas sentencias de ejecución. Son generalmente medidas ordenadas temporalmente tendientes al cumplimiento de un fin específico y que pueden incluso ser anuladas por una medida ulterior.

Así, el juez planifica y organiza la implementación de la sentencia declarativa a fin de poder garantizar su cumplimiento. Para ello, puede adoptar medidas tales como delegar su ejecución en la Administración Pública o en otros tribunales; dividir su ejecución en etapas cuando el objeto del litigio sea demasiado amplio y deba hacerse un control progresivo; o bien fijar sanciones ante el incumplimiento de la sentencia, incluso hacia un funcionario en particular mediante astreintes o haciéndolo penalmente responsable por incumplir una orden judicial ⁵⁹.

Sin perjuicio de lo expuesto, las medidas adoptadas deben respetar los límites constitucionales que hacen a la división de poderes y no extenderse más allá del fin buscado

59 Conforme artículo 239 del código penal "...Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal...".

en el mandato. Entonces, una sentencia recaída sobre un bien colectivo puede contener un mandato que establezca la obligación, por ejemplo, de limpiar un río y ordenar en tal carácter presentar un plan para cumplir con dicha finalidad, pero no establecer el contenido de dicho plan, ya que de lo contrario estaría invadiendo la esfera de facultades que les son propias a la Administración Pública.

Capítulo 3

Acceso a la Justicia

3. 1 ¿Qué implica el acceso a la Justicia?

En Argentina, en particular luego de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a la Constitución Nacional reformada en 1994, el tema no pasa por consagrar derechos sino por protegerlos para impedir que a pesar de declaraciones solemnes éstos sean continuamente violados. Las desiguales oportunidades para hacer valer esos derechos, entre otros, a través del litigio, llevan a interrogarse acerca de los alcances y potencialidades de la garantía del acceso a la Justicia como derecho fundamental para asegurar el ejercicio de los restantes derechos y libertades.

En esa línea, CAPPELLETTI y GARTH reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la Justicia. En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer sus derechos legalmente reconocidos. En segundo lugar, una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la Justicia. Desde este punto de vista, el acceso a la Justicia comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales

existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas.

Acceder a la Justicia, por lo tanto, implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento jurídico. Esta posibilidad requiere de varias etapas. En primer lugar, requiere reconocer la existencia de un problema. En segundo lugar, es necesario identificar ese problema como uno de naturaleza jurídica. En tercer lugar, es necesario identificar la persona (pública o privada) responsable de haber causado el problema o que hubiera incumplido su obligación de resolverlo. Luego, es necesario convertir el problema en una demanda o reclamo ya sea judicial o administrativo y sostener el proceso que fue consecuencia de la judicialización del problema con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso con la ayuda profesional necesaria, en su caso. Por último, una vez lograda la decisión judicial o administrativa perseguida, corresponderá intentar hacer efectiva la resolución judicial o administrativa.

Es decir que el acceso a la Justicia no sólo es llegar e ingresar al proceso, sino permanecer, salir y ejecutar la sentencia obtenida.

Y es que el efectivo acceso a la Justicia es un derecho de toda persona humana y, en general, la mayoría de las personas tienen diferentes obstáculos para ejercitar este derecho. En el caso de los consumidores hipervulnerables, que presentan especiales condiciones de vulnerabilidad y se enfrentan ante sujetos más poderosos (los proveedores), son quienes más dificultades tienen ya que los ordenamientos procesales o sustantivos raramente se

acuerdan de producir herramientas concretas para allanar estas barreras al sistema judicial.

Es dable destacar que hace ya varios años que se discute en doctrina sobre el acceso efectivo a la Justicia; sin embargo, los problemas que aquejan a los justiciables siguen siendo los mismos (o incluso más) y éstos se encuentran iguales o agravados. Respecto a los problemas de legitimación para acceder a usar muchas de las herramientas procesales, por ejemplo, éstos se han agravado con la aparición de los procesos colectivos y su falta de regulación expresa.

En esa línea creemos, tal cual fue planteado como idea fuerza desde el comienzo de este trabajo, que los procesos colectivos resultan la principal herramienta para el acceso a la Justicia de los consumidores, ya que permiten equilibrar las desigualdades y resolver de manera conjunta la problemática de un colectivo que de otro modo quedaría marginado del sistema debido a los ya conocidos obstáculos materiales (económicos, sociales y culturales) que impiden el ejercicio efectivo de los derechos por parte de la ciudadanía, como son el desconocimiento de los derechos, la falta de acceso a la información por parte de los afectados y la relación costo beneficio desfavorable para el accionar individual, entre otras.

Finalmente, cabe poner de resalto que, en el caso de las relaciones de consumo, la vulnerabilidad entre consumidores y proveedores es “estructural”, en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, que busca traspasar de la idea de “igualdad formal” a la de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, en miras de grupos sometidos o excluidos. La vulnerabilidad no es inherente a la persona sino al rol que ocupa en la sociedad de consumo, una condición jurídica que torna al vínculo intersubjetivo de manera desequilibrada.

Dicha vulnerabilidad, al ser estructural, implica una presunción *iure et de iure*, que no acepta declinación o prueba en contrario, en hipótesis alguna. No podrá argumentarse el conocimiento técnico superior a un consumidor medio, ya que la finalidad de protección de los consumidores no consiste en analizar caso por caso si revisten estas características.

Y esta vulnerabilidad puede verse reflejada también en el acceso a la Justicia, ya que la falta de información y educación respecto a sus derechos y el modo de ejercerlos, las dificultades económicas y técnicas, la escasez de incentivos suficientes, la ausencia o barreras en procedimientos para la resolución de conflictos y la lógica de los procesos tradicionales generan que muchos consumidores no reclamen o no obtengan respuestas eficaces, rápidas y justas en sus reclamaciones, provocando muchas veces una doble victimización de los consumidores.

3. 2 Los procesos colectivos como mecanismo de acceso a la Justicia. ¿Cómo funcionan en la práctica las intervenciones de los tres sujetos que ostentan la legitimación especial configurada en el artículo 43 de la Constitución Nacional?

La tutela de los derechos de incidencia colectiva comienza a ser regulada con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, a través de la consagración de la necesaria actuación de un representante del grupo que es habilitado legalmente para gestionar los intereses del resto de los afectados.

En esa línea, se modificó el artículo 43 y se estableció: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públi-

cas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

1. El afectado, es decir los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva

Cualquier consumidor en defensa de sus derechos e intereses, puede dirigirse a la Administración de Justicia, a través de los procedimientos judiciales previstos en la legislación.

Sin embargo, dicha vía se ha presentado claramente insuficiente en las últimas décadas, al ponerse de manifiesto que el entendimiento tradicional del proceso civil y las reglas aplicables, que presuponían la actuación individual y concreta de una persona determinada eran claramente insuficientes.

Por ello, con la utilización de la expresión de acceso de los consumidores a la Justicia, se pretende hacer referencia a la superación del esquema clásico del proceso civil y a la desembocadura de acciones colectivas que pudieran ser ejercitadas por los consumidores y usuarios en cuanto grupo y, por las organizaciones y asociaciones nacidas para procurar la defensa de sus intereses.

2. El Defensor del Pueblo

En los procesos colectivos el Defensor del Pueblo es un

legitimado anómalo o extraordinario, cuya habilitación resulta diferente de la general, pero, en cualquier caso, el presupuesto sobre el cual descansa el ejercicio de la facultad de promover procesos judiciales de esta clase de órganos consiste en la correspondencia entre éstas y las competencias que el ordenamiento le ha asignado a la institución.

Según ha puntualizado la Suprema Corte provincial, la esfera de actuación de un órgano estatal en causas jurisdiccionales no puede desvincularse de las competencias materiales con que haya sido investido por su norma de creación, esto es, del círculo de atribuciones que la Constitución y la ley le han otorgado expresamente, ya que ello es lo que define el marco o el límite de toda posibilidad de actuación válida del órgano.

Aun frente a conflictos sobre derechos de incidencia colectiva en general -como el medio ambiente- o pluri-subjetivos homogéneos individuales, la Corte Nacional no equiparó la situación de los entes u órganos estatales a la de los particulares a los fines de su legitimación. Antes bien, requirió de aquéllos la correspondencia con la competencia material. Tal fue lo acontecido ante el amparo ambiental promovido por la Universidad (*Fallos*, 337:1447) o incluso cuando no ya la competencia material, sino la territorial o la jurisdicción del órgano u ente estaba excedida.

Así, por ejemplo, ha negado legitimación al Defensor del Pueblo local para controvertir cuadros tarifarios de autoridades federales (*Fallos*, 342:1041; 342:969; 341:1727) o pretensiones de recomposición ambiental contra otra provincia y el Estado nacional por sobrepasar el ámbito de actuación conferido por la Constitución y la norma regulatoria (*Fallos*, 326:663).

Es que, como ha indicado la propia Corte Nacional,

todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno, para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa “su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para ‘querer’ en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia” (CSJN, *Fallos*, 327:5571; 331:2257).

3. *Las asociaciones*

Son un instrumento de concreción de las garantías constitucionales y de la Ley de Defensa del Consumidor, al crear lazos asociativos entre los consumidores y al ser consideradas actores procesales de estos derechos, que de forma individual tendrían difícil defensa, o se considerara antieconómico el reclamo, siendo sólo factibles de ser llevados adelante en una acción colectiva. Deben actuar con criterio independiente, apolítico y sin fines de lucro. Su actividad está reconocida por ley y encaminada a educar, informar y orientar, proteger y defender los intereses del consumidor o usuario ⁶⁰.

El artículo 55 de la Ley N° 24.240 establece que “Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios”.

A tales fines, necesitan lo que se denomina una doble autorización: 1) la común, para actuar como asociación con personería jurídica, que otorga el órgano local de fis-

60 TAMBUSI, Carlos E., “Comentario a la disposición 19/2016 (DNdDC)”, ADLA 2016-21, 76; LLAR/DOC/2451/2016.

calización y contralor estatal; y 2) la específica, que otorga la autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240 para poder actuar conforme a las atribuciones que confiere. Para ello, deben inscribirse en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores que funciona en la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor de la Secretaría de Comercio. Este registro y la correspondencia estatutaria de la entidad respecto a fines relacionados con el derecho de usuarios y consumidores configuran acabadamente la idoneidad del representante del grupo afectado, conforme lo viene delineando la Corte Suprema a partir del caso “Halabi”⁶¹.

Finalmente, ya tiene dicho la CSJN en autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo” del 18/08/2016, que las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la Justicia de los integrantes del colectivo.

Ahora bien, que las asociaciones se encuentran legitimadas para representar a los consumidores ya no se encuentra en tela de juicio, pero, ¿qué pasa con la justificación de idoneidad de este tipo de representante?

61 CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN -ley 25.873-dec. 1563/2004 s amparo”, *Fallos*, 332:111.

Es sabido que los efectos *erga omnes* que produce la sentencia dictada en un procedimiento colectivo requiere que los intereses hayan sido adecuadamente “representados en juicio”, ya que la sentencia afectará a quienes hayan sido parte en el proceso, pero también producirá sus efectos respecto de aquellos consumidores que no hayan efectuado intervención alguna.

A fin de garantizar este extremo, en los sistemas anglosajones de las *class actions* resulta fundamental cumplir con el criterio de la representatividad adecuada.

La figura de la representatividad adecuada no queda comprendida dentro del concepto tradicional de representación procesal, por cuanto en esta última la calidad de parte se predica del representado y no del representante, ya que supone una actuación en nombre de otro, producida de manera tal que los efectos jurídicos del acto derivan siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante. En cambio, en la primera, la representación adecuada coincide con la figura de la legitimación, en el sentido de que el representante es parte en el proceso por tener una posición determinada frente al objeto litigioso y un interés en el mismo, es decir, es también titular de la relación jurídica sustancial deducida en juicio.

Haciendo un análisis del Derecho Comparado más relevante, podemos destacar que la Suprema Corte de Estados Unidos fijó los recaudos que debían cumplirse para admitir la representación de las asociaciones: a) Que sus miembros estén legitimados para accionar en nombre propio (afectados); b) que el interés a tutelar guarde relación con el objeto social de la organización, y c) que ni la formulación del reclamo ni la pretensión exigida tornen imprescindible la intervención procesal de los asociados individuales.

El primer de los requisitos implica una diferencia importante con nuestro Derecho, ya que, para admitir la legitimación procesal, el afectado debe ser miembro de la asociación.

El Derecho brasileño por su parte, opta por restringir a las asociaciones de consumidores de manera que sólo las que ya han cumplido un año de existencia puedan ejercer acciones colectivas.

Distinto es el caso de Chile, que regula la necesidad de autorización por parte de la Asamblea General de la Asociación de Consumidores y Usuarios para ejercer una acción colectiva, ya que consideran que de esta forma se podría evitar abusos de parte de los directores de estas asociaciones de consumidores, y así evitar que actúen en contra de los intereses propios de la asociación por obedecer a razones políticas.

En la órbita local, el Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 6407) al regular los procesos colectivos de consumo (Título IX, Capítulo 4) establece, entre los presupuestos de admisibilidad, la “representación adecuada que sustenta la pretensión de la clase, acreditada mediante la certificación prevista en el art. 259”. E impone para ello la certificación de dicha adecuación, en los siguientes términos: “en el supuesto de que el proceso colectivo sea iniciado por un sujeto de derecho privado, el tribunal efectuará una evaluación previa de la existencia de representación adecuada, para determinar si el actor cuenta con aptitudes suficientes para garantizar la correcta defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta los siguientes parámetros: la experiencia y antecedentes para la protección de este tipo de intereses, y, la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría

o clase y el objeto de la demanda, así como la ausencia de potenciales conflictos de intereses con el grupo afectado o los derechos en juego. La representación adecuada constituye un estándar que deberá ser mantenido a lo largo de todo el proceso, incluyendo las eventuales instancias transaccionales. La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso” (art. 259).

Finalmente, y en palabras de Francisco VERBIC, en su comentario al fallo “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores vs. CTI PCS S.A. s/Sumarísimo”, “ocurre que ‘Halabi’ sí exige que quien promueve una acción colectiva en defensa de derechos individuales homogéneos debe ser un representante idóneo de la clase que buscar defender. Y aun cuando la CSJN no lo hubiera exigido en dicho precedente, la representatividad adecuada configura una exigencia de raigambre constitucional en procesos colectivos de tipo representativo como los vigentes en Argentina. Es una exigencia que se deriva ni más ni menos que de la garantía de debido proceso legal de todos los miembros del grupo afectado.

Es por ello que no basta que la asociación cuente con la registración legal correspondiente y tenga como objeto promover acciones de este tipo. Es necesario también que demuestre, en el caso concreto donde busca actuar, que está en condiciones de desarrollar una defensa vigorosa de la causa y no se encuentra inmersa en conflictos de interés que puedan llevarla a perjudicar los intereses de la clase representada”⁶².

62 Disponible en: <https://classactionsargentina.com/>.

3. 2.3 El acceso a la Justicia de los consumidores y las 100 Reglas de Brasilia

En el caso de los consumidores, que presentan especiales condiciones de vulnerabilidad y se enfrentan ante sujetos más poderosos (los proveedores), son quienes más dificultades tienen para acceder a Justicia, ya que los ordenamientos procesales raramente se acuerdan de producir herramientas concretas para allanar estas barreras al sistema judicial, en este supuesto específico.

Es por eso que consideramos que, aplicando los principios y mecanismos propuestos por las 100 Reglas de Brasilia a la categoría conceptual de consumidor como sujeto vulnerable, podríamos colaborar en suplir lo que el Código Procesal Civil y Comercial no regula.

El desequilibrio de fuerzas que existe entre consumidores y proveedores obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los primeros, lo que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, y, por consiguiente, merecedoras de tutela legal diferenciada.

La vulnerabilidad no es inherente a la persona sino al rol que ocupa en la sociedad de consumo, una condición jurídica que torna al vínculo intersubjetivo de manera desequilibrada.

Respecto del acceso a la Justicia, las 100 Reglas de Brasilia y el consumidor como sujeto vulnerable, entendemos que, aplicando los principios que surgen del texto de las 100 Reglas de Brasilia, se podrían generar herramientas valiosas a fin de garantizar de forma real el acceso a la Justicia de estos sujetos.

En esa línea, nos resulta interesante poner de relieve los mecanismos establecidos en la Sección 4^a de las

100 Reglas, sobre “*Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la Justicia*”, donde se busca flexibilizar distintas reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

En el centro de la escena se encuentra la promoción de la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales y a fin de favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad en general, aplicables desde luego, a los procesos que involucran consumidores según lo entendemos.

Con el mismo fin, se aconseja promover la elaboración de formularios para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias o consumidoras, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea obligatoria la asistencia letrada. Situación dada, por ejemplo, en las reclamaciones llevadas a cabo frente a las autoridades de aplicación de la Ley N° 24.240.

Finalmente, se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones. No olvidemos que el consumidor por su condición de débil jurídico -vulnerable *per se*- llega afectado no sólo económicamente sino en su dignidad a los procesos judiciales.

A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal

manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales, como sucede, por ejemplo, en los procesos ante los Tribunales de Trabajo del Departamento Judicial de La Plata y en aquellos Juzgados Civiles y Comerciales que, en el marco del Programa Justicia 2020, buscan promover la oralización de los procesos, para reducir su duración y aumentar la calidad de las decisiones jurisdiccionales, utilizando distintas herramientas tecnológicas, como puede ser la videograbación de las audiencias.

Respecto a las medidas de organización y gestión judicial, se aconseja lo siguiente:

1) Adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto, otorgándose prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de Justicia, cuando esto se justifique. Debe tenerse en cuenta que los reclamos de consumo están sustancialmente basados en compraventas de bienes o servicios que afectan el normal desarrollo de la vida con dignidad, siendo éste un pilar fundamental del Estado Constitucional de Derecho. Verbigracia el acceso a los servicios públicos de internet, electricidad o agua potable.

2) Establecer mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de Justicia.

3) Adoptar medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad. En las materias en que se requiera, es

conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial. Es un buen indicio, en este punto, el programa de protección de usuarios y consumidores desarrollado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación desde el año 2015.

4) Resaltar la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

5) Promover la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de Justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. Aplicable al caso de los consumidores que viven en barrios de emergencia y no tienen información ni medios económicos para bregar por el reconocimiento de sus derechos.

Finalmente, la Sección 5^a establece los “*Medios alternativos de resolución de conflictos*”, los cuales serán impulsados cuando resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.

La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios de heterocomposición, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la Justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de Justicia.

En este sentido cabe destacar que en el ámbito de la Nación Argentina se ha sancionado la Ley N° 26.993 que crea el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), que implementa la eta-

pa conciliatoria a fin de otorgar respuestas eficaces a las partes intervinientes, ya que la misma se lleva a cabo por profesionales especializados y consustanciados con las normas, principios y filosofía del Derecho del Consumidor.

En las conciliaciones las partes podrán contar con asistencia letrada.

El consumidor o usuario podrá contar con la asistencia de representantes de una asociación de consumidores y usuarios en los términos del artículo 56 de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, del Ministerio Público de la Defensa o de otros organismos estatales de defensa del consumidor o de servicios de patrocinio jurídico gratuito públicos o privados.

Asimismo, la autoridad de aplicación dispondrá de un servicio de patrocinio jurídico gratuito destinado a la asistencia de los consumidores o usuarios que lo soliciten y cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Finalmente, en el ámbito local se ha instrumentado por el Colegio de la Abogacía de La Plata, el Programa de Conciliación de Conflictos en Relaciones de Consumo (COREC), que funciona como un mecanismo facultativo a instancia voluntaria del consumidor.

El mismo encuentra su fundamento en la necesidad de proteger a los consumidores y usuarios de bienes y servicios de la vulnerabilidad estructural en que se encuentran inmersos, y garantizar el derecho de acceso a la Justicia mediante la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces y profesionales idóneos en la materia, tomando en consideración lo normado por las Directrices de Naciones Unidas sobre Protección al Consumidor, al establecer que se deben garantizar servicios de asesoramiento a los consumidores y procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

Ello implica mucho más que acceso a la Jurisdicción, ya que la finalidad radica en brindar a los consumidores y usuarios una herramienta sencilla, rápida y oportuna para acceder a sus derechos.

Capítulo 4

Panorama regulatorio en la República

4.1 ¿Cuál es la regulación existente en la actualidad?

Llevando a cabo un análisis comparado de los ordenamientos jurídicos en cuanto al procedimiento administrativo de las diversas provincias observamos prácticamente la inexistente regulación de la legitimación colectiva en sede administrativa.

Comenzando por la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur la ley de procedimientos administrativos prácticamente es concomitante con la reforma constitucional de 1994, por lo cual no se encuentra regulado este tipo de legitimación. En relación a la legitimación establece en su artículo 12 “La actuación administrativa podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica pública o privada, que invoque la afectación de sus intereses”. De tal modo, queda sin regulación el aspecto de la legitimación colectiva.

Observando la norma de procedimiento administrativo general de la Provincia de Santa Cruz (ley 1260), se advierte que la misma es de 1979, por lo cual no se encuentra en su texto mención alguna a la legitimación colectiva.

Lo destacable (y recurrente en varios ordenamientos provinciales) es la visión en cuanto a la legitimidad como

derechos subjetivos e intereses legítimos (artículo 1 inciso f de la ley 1260).

En este sentido, la ley de procedimientos de Chubut (Ley I - N° 18) del año 2010 en su artículo 22 enuncia “Se considerarán partes en el procedimiento administrativo todas las personas que requieran una actividad de la autoridad administrativa o a los cuales se refiera la actividad de la autoridad administrativa en cuanto estén interesados en el asunto en virtud de un derecho o de un interés legítimo”.

Sin embargo, pareciera quedar abierta la posibilidad de convocar a aquellos legitimados en un caso de incidencia colectiva en el artículo 25 “Si durante la instrucción de un procedimiento se advirtiera la existencia de interesados que no hayan comparecido al mismo, se comunicará a dichas personas la tramitación del expediente”.

En cuanto a la Provincia de Rio Negro, se aprecia que su normativa general de procedimiento administrativo (ley 4270) es del año 2007. Sin perjuicio, la misma hace hincapié en el artículo 3 en la clasificación histórica de derechos subjetivos e intereses legítimos.

Asimismo, dicha provincia posee una normativa especial en cuanto al procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del usuario y del consumidor (Ley D N° 4139), la cual no hace mención alguna respecto a los derechos de incidencia colectiva, a excepción de las asociaciones de consumidores que se encuentren registradas en la provincia (artículo 5 inciso a).

Respecto a la Provincia de Neuquén su ley 1284 del año 1981 al ser previa a la reforma constitucional de 1994, no posee regulación de la legitimación de los derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, en el artículo 114 establece “Las situaciones jurídicas subjetivas que titularizan los administrados se denominan derechos subjetivos

públicos. Entiéndese por derecho subjetivo público la facultad de exigir para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad”. De tal modo, pareciera que adhiere a la concepción de derecho subjetivo como aquel exclusivo, interés legítimo como aquel concurrente e interés simple como general (simple denuncia).

De fecha más cercana, se encuentra la ley de procedimientos administrativos de Mendoza (Ley N° 9003) en el año 2017. La misma menciona e incursiona en la regulación de los derechos de incidencia colectiva en su artículo 117 al expresar “Tienen legitimación en el procedimiento administrativo las personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, representantes de patrimonios de afectación o de cualquier otro sujeto o entidad que invoquen un interés jurídicamente protegido, pretendan la defensa de bienes colectivos o comunes o de intereses individuales homogéneos de incidencia colectiva”.

Asimismo, en el artículo 168 bis al reglamentar el procedimiento de la audiencia pública, reglamenta la participación de aquellos titulares de derechos de incidencia colectiva al indicar “1) El Poder Ejecutivo, u órgano constitucional o legalmente competente, o a quien éstos lo hubieren delegado, podrá iniciar el procedimiento administrativo especial de convocatoria a audiencia pública, designando al o a los funcionarios u organismos que lo instruirán y a quien presidirá la audiencia. Estarán legitimados para solicitar la convocatoria, los Municipios, el Fiscal de Estado, organizaciones no gubernamentales (ONGs) y asociaciones legalmente inscriptas en lo que sea materia de sus competencias estatutarias. También y mediante presentación fundada, podrá requerirla toda persona humana o jurídica, pública o privada, que invo-

que un interés razonable, individual o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública. Todas ellas podrán tomar parte en la audiencia que se convoque”.

En cuanto a la Provincia de La Pampa, la ley N.J.F. 951/79 (junto con el Decreto Ley N° 951) es previa a la reforma del 94 como hemos expuesto en casos similares de otras provincias. De tal modo, en su artículo 5 menciona “Cualquier persona, sea jurídica o individual, pública o privada, con capacidad suficiente, titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, de carácter administrativo...También podrán formular peticiones los portadores de un interés simple”.

Así las cosas, dicho ordenamiento remonta a la histórica clasificación entre derechos subjetivos, intereses legítimos e interés simple. Sin tomar en cuenta los derechos de incidencia colectiva.

Respecto de la Provincia de San Luis, la Ley 5540 del 2004 insiste a pesar de ser posterior a la reforma del 94 en la clasificación de los derechos subjetivos e intereses legítimos conforme se observa de su articulado (artículos 9 inciso d, 37, entre otros).

La Provincia de Córdoba posee una ley de procedimientos general (Ley 5350) del año 1972. De tal modo, replica la estructura teórica y normativa de derecho subjetivo e interés legítimo (artículos 13, 77 entre otros).

Misma suerte corre la ley de procedimientos administrativos de San Juan (Ley 3784) de 1973. Allí se observa la misma clasificación que la precedentemente expuesta en los artículos 1 inciso f y 7 inciso d, entre otros).

El Decreto-Ley de procedimientos administrativos de la Provincia de La Rioja (Decreto-Ley 4044), de 1981, utiliza la clásica clasificación (derecho subjetivo e interés legítimo) en sus artículos 113, 172 y 182.

La ley que regula de forma general los procedimientos administrativos de la Provincia de Catamarca data del año 1983 (Ley N° 3559). Nuevamente hallamos la clasificación histórica de derecho subjetivo e interés legítimo en los artículos 55 y 111.

Con respecto a la Provincia de Tucumán observamos la Ley 4537 del año 1976. Ello da la pauta de la falta de regulación de la legitimidad en los derechos de incidencia colectiva debido a ser previo a la reforma constitucional de 1994. Prueba de lo expuesto son los artículos 58, 63, 65 entre otros al mencionar las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo.

Respecto de la Provincia de Salta, se encuentra el Decreto-Ley 5.348 de 1978. Dicha normativa, posee la denominación ya observada en multiplicidad de provincias de las categorías de derecho subjetivo e interés subjetivo en los artículos 113, 172 y 182.

Siendo del año 1948, la ley de procedimientos de la Provincia de Jujuy (1886), continúa con la clasificación vetusta respecto a la legitimación (derechos subjetivos e intereses legítimos -artículos 116, 126, 132, 133, entre otros-).

De época similar resulta la ley vigente en Santiago del Estero (Ley 2297 del año 1951), la cual enuncia como formas de legitimación los derechos subjetivos de carácter administrativo o interés legítimo personal. De tal modo, sigue ignorando la clasificación proclamada por la reforma del 94.

Sin perjuicio de ello, en el año 2005, se dictó la ley 6718 la cual no fue ratificada, por lo cual no se encuentre vigente. En la misma, se observa en su artículo 130 la mención que "...Podrá ser participante en el proceso [de elaboración de normas de carácter general] toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o in-

terés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse...” (la aclaración nos pertenece).

Con respecto a la Provincia de Formosa podemos encontrar el Decreto-Ley 971 de 1980. Como se infiere lógicamente, nos encontramos con la clasificación de derecho subjetivo e interés legítimo (artículos 74, 92, 98, 102, entre otros).

En cuanto a la Provincia de Chaco la Ley 1140 de 1972, dista de ser distinta de las propias de su época, insistiendo con la clasificación clásica ya mencionada respecto de la ley de procedimientos administrativos de Formosa.

La Provincia de Santa Fe cuenta con un Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas novedoso (4174/15). Entre sus artículos hallamos referencias a la legitimación de los derechos de incidencia colectiva, con el mantenimiento de la clasificación clásica reseñada en leyes de otras provincias.

Ejemplos de estas referencias son los artículos 2 (“La iniciación de gestiones o actuaciones ante la Administración Pública Provincial podrá ser promovida por quienes acrediten ser titulares de derechos subjetivos públicos, intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva, debiendo realizarse la presentación por escrito ante la Mesa de Entradas y Salidas de la repartición que corresponda...”), 42 (“El recurso de revocatoria podrá interponerse contra cualquier decisión dictada por autoridad pública, en ejercicio de función administrativa, por aquel que acreditare ser titular de derechos subjetivos públicos, intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva...”), 81 (en referencia a la participación en la elaboración de actos de alcance general) y 93.

Con respecto a la Provincia de Entre Ríos, se encuentra vigente el Decreto-Ley 7060/83. Allí, en la parte atinente a los recursos, hallamos la clasificación de derecho subjetivo e interés legítimo (artículo 60). Sin embargo,

en el artículo 6 se hace mención explícita de aquellos expedientes que “iniciado o se tramite por un grupo de personas que no tengan intereses encontrados o soliciten o gestionen intereses colectivos, se exigirá que constituyan un domicilio especial dentro del territorio provincial, en el cual serán válidas todas las notificaciones que la administración efectúe y que unifiquen su personería en cualquiera de ellos”.

Siguiendo con lo expuesto, en referencia a la Provincia de Corrientes el Decreto-Ley 3.460 de 1978 indica la clasificación propia de su época, al indicar que están legitimados quienes poseen derechos subjetivos o intereses legítimos (artículo 243).

En Misiones la Ley I - N° 89 indica la clasificación de interés legítimo y derecho subjetivo en sus artículos 3 inciso a, 21 inciso e, 82 inciso b y 49.

Respecto a la Provincia de Buenos Aires, encontramos el Decreto-Ley 7647/70, el cual indica la clasificación entre intereses legítimos y derechos subjetivos (artículos 10 y 86, entre otros), sin contemplar la legitimación de aquellos de incidencia colectiva.

4.2 La permanente exhortación del Poder Judicial al Poder Legislativo para completar un vacío postergado

En consonancia con el presente acápite, debemos recordar el fallo que ha dado trascendencia a las diversas exhortaciones del Poder Judicial al Poder Ejecutivo que siguieron y siguen a lo largo de los años.

En ese sentido el fallo “Halabi” ha sido trascendental a los fines expuestos, al mencionar “...no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico

que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos”⁶³.

De tal modo luego de indicar la ausencia de legislación referente a la cuestión exhortó: “Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”⁶⁴.

En ese sentido, se observa que la CSJN ha considerado que se hallaba frente a una omisión inconstitucional de carácter formal.

SAGÜES considera a las omisiones inconstitucionales como aquella mora irrazonable en que pueden incurrir el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, al incumplir con el dictado de un acto individual o norma

63 C.S.J.N., 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.783-dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 332:111, considerando 12.

64 Ídem nota anterior.

general ⁶⁵.

Sin embargo, faltarían algunos elementos para tener por configurada una omisión inconstitucional propiamente dicha. De acuerdo a SAMMARTINO, para que se configure la omisión inconstitucional debemos hallar en la norma constitucional incumplida: a) existencia de un deber jurídico previo de actuar, concreto, específico y temporalmente determinado y b) inobservancia ostensible de dicho deber. Si el particular pretendiera interponer un amparo por la omisión inconstitucional, a lo ya dicho cabría agregar: c) que el particular acredite una lesión cierta (actual o inminente) del derecho que alegare reconocido por vía legal, constitucional o internacional a través de Tratados; d) relación causal entre la supuesta lesión y el deber de actuación; e) ausencia de imposibilidad material o jurídica de cumplir dicha manda vulnerada; f) Finalmente el recaudo típico formal de la vía de amparo, el cual consiste en demostrar la inexistencia de otro medio judicial más idóneo ⁶⁶.

Independientemente de lo expuesto, pareciera ser que los jueces del Máximo Tribunal han considerado indispensable un desarrollo normativo que dé basamento y encauce procesalmente a quienes se encuentran legitimados en el marco de derechos de incidencia colectiva.

Finalmente, el Tribunal ha expuesto respecto a la omisión inconstitucional formal “Que la conclusión mencio-

⁶⁵ Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, tomo I, 1999, tercera edición, págs. 111-112.

⁶⁶ Cfr. SAMMARTINO, Patricio Marcelo, *Amparo y Administración, en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, tomo I, 2012, págs. 674-675.

nada no puede ser objetada so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (confr. causa ‘Siri’, *Fallos*, 239:459)”⁶⁷.

Con lo expuesto, la CSJN ha dado operatividad directa a la cláusula constitucional -como lo ha llevado a cabo en otros casos⁶⁸-, dando aplicación inmediata a los derechos y garantías en la Constitución Nacional.

En ese sentido, y con un desarrollo pretoriano posterior en sus fallos, ha dado forma a los conceptos de derechos de incidencia colectiva (intereses individuales homogéneos e intereses sobre bienes colectivos), sus distin-

67 C.S.J.N., 24/02/2009, “Halabi”, cit., considerando 15.

68 C.S.J.N., 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros. s/Recurso de hecho”, *Fallos*, 315:1492.

tos requisitos para poder acceder a la Justicia e incluso regulado ciertos pormenores.

Respecto a esto último, debemos destacar las acordadas 32/14 y 12/16 de la CSJN.

La primera de ellas creó el Registro Público de Procesos Colectivos. Mientras que la segunda, ya se adentró en cuestiones netamente procesales y en virtud de las cuales el Poder Judicial parecería inmiscuirse en cuestiones atinentes a los Códigos Procesales pertinentes.

Prueba de ello, es lo enunciado en el Anexo (REGLAMENTO DE ACTUACION EN PROCESOS COLECTIVOS) aprobado mediante acordada 12/16 al regular cuestiones tales como: requisitos de la demanda, resolución de inscripción en el Registro creado mediante acordada 32/14, prosecución del trámite y certificación del colectivo interviniente en el proceso, medidas cautelares y facultades del juez.

En este sentido, debemos destacar que pareciera tomar las facultades propias del Congreso y regular sobre las mismas ante la falta de actuación por parte del Poder Legislativo, de tal modo que quienes detentan la legitimación colectiva puedan gozar plenamente del acceso a la Justicia, de modo concordante con lo expuesto por los miembros del Máximo Tribunal conforme lo citado en “Halabi”.

Sin embargo y a pesar de ello, se observa que ha habido distintas normativas creadas por el Congreso que han intentado paliar la ausencia de una normativa general respecto al acceso a la Justicia por parte de quienes detentan una legitimación para derechos de incidencia colectiva.

Prueba de ello es la normativa de defensa al consumidor y sus distintas modificaciones. En ese sentido, observamos los artículos 52, 54 y 55 de la ley 24.241. Allí encontramos cuestiones relativas a la posibilidad de accio-

nar judicialmente, legitimados y alcance de las posibles condenas judiciales, entre otras cuestiones.

De tal modo, nos encontramos frente a una ausencia normativa general que aborde de modo total y concreto el acceso a la Justicia por parte de aquellos legitimados que poseen intereses de incidencia colectiva.

Frente a dicha ausencia el Poder Judicial ha ido exhortando a lo largo de los años su regulación y pretorianamente creando, clasificando y determinando los alcances de los derechos consagrados constitucionalmente en la reforma de 1994.

Del mismo modo, y en consonancia con ese avance, se han ido regulando en ciertas ramas del Derecho (Derecho de Consumo) determinadas cuestiones de los derechos de incidencia colectiva, logrando despertar cierta actividad del Poder Legislativo, en consonancia con lo indicado en diversos precedentes del Poder Judicial.

Finalmente, al observar la insuficiencia de la actividad desarrollada por el Legislativo, es que el Poder Judicial (especialmente la CSJN), se ha visto en la obligación de dictar determinadas acordadas sobre cuestiones reglamentarias/procedimentales e inclusive procesales (cuestión controvertida) como hemos observado en las Acordadas 32/14 y 12/16.

4.3 Comentario al Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 6407

En primer lugar, debemos destacar -luego de lo mencionado a lo largo de este trabajo- la importancia del Código vigente desde el año 2021 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En ese sentido, se intentará llevar a cabo un análisis

aproximativo de dicho cuerpo normativo, debido a su extensión y que excedería el presente trabajo de investigación.

Así las cosas, el artículo 1 de dicha norma realiza un listado enunciativo de principios que resultan aplicables y transversales a todo el Código.

En el primer párrafo remite a los principios generales "...que emergen de las normas constitucionales y legales de protección del consumidor". Frente a ello, podríamos reseñar como normativas contenidas en dicha parte el artículo 42 de la Constitución Nacional y 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley de Defensa al Consumidor (24.240), Código Civil y Comercial de la Nación, Lealtad Comercial (22.802), Defensa de la Competencia (25.156), entre otros.

A continuación, realiza un detallado listado de principios que devienen aplicables en el Código sancionado.

El primero de ellos consiste en "*Informalidad procesal a favor del consumidor, celeridad, inmediatez, concentración, economía procesal, oralidad y gratuidad.*".

Del mismo se desprende una coincidencia entre lo dispuesto por el Código y lo propuesto por las actuales corrientes procesalistas, en cuanto a la celeridad, inmediatez oralidad, entre otros principios.

Respecto de la informalidad procesal a favor del consumidor y la gratuidad se pone de resalto que resultan típicos de la relación de consumo propiamente dicha ⁶⁹. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 43 y 66 entre otros como reflejo de lo expuesto.

69 Cfr. Diego G. MURCIA, "Los principios y la tutela diferenciada en el Código Procesal del consumidor de la CABA", Revista Temática del Derecho Procesal y Procesal Informático, N° 4/ Septiembre 2021, página 37.

Luego, proclama el siguiente principio *“Digitalización de las actuaciones conforme lo disponen los reglamentos del Consejo de la Magistratura de la CABA”*.

En este aspecto, resulta trascendente la incorporación como principio general. Dicha cuestión es consecuente con los últimos avances (sobre todo luego de la pandemia del COVID-19) en cuanto al expediente digital/electrónico, la gestión documental electrónica, entre otras tantas medidas de modernización y propuestas de automatización/mejoramiento de procesos y procedimientos.

La puesta en práctica de estas medidas las encontramos en los artículos 51, 52 y 17 entre otros del Código en análisis.

Posteriormente, el legislador reconoció el principio de *“diligenciamiento de pruebas, notificaciones y realización de audiencias y actos procesales en forma virtual conforme lo establezca la reglamentación del Consejo de la Magistratura de la CABA”*.

El mismo puede ser unido al anterior, tendiendo hacia la virtualización/digitalización de los actos procesales que se lleven a cabo. Resulta destacable el principio del artículo 82 del cuerpo normativo al establecer que *“Todas las providencias y resoluciones del proceso se notificarán por intermedio de la Oficina de Gestión Judicial a través del sistema electrónico y del modo que lo establezca la reglamentación, incluidas las dirigidas a los ministerios públicos y funcionarios que por cualquier título intervengan en el proceso”*. Como se observa, modifica el principio general de las notificaciones de forma física/papel.

En cuarto lugar, establece *“Impulso de oficio con el alcance previsto en este Código”*. De tal modo, se da preponderancia a la tutela judicial efectiva y se protege de modo

preponderante al consumidor ⁷⁰.

En cuanto al objetivo y miras del legislador, resulta elocuente lo dispuesto como quinto principio del cuerpo normativo al decir “*Conciliación de las partes, cuando ello fuera posible, en toda instancia procesal previa al dictado de sentencia*”.

Aquí se aprecia el fin principal al que tiende el Código y debe dirigirse a lograr la conciliación. Prueba de ello, son los artículos 202, 220 y 222; en los cuales se observa la preponderancia que se le otorga a intentar conciliar el conflicto.

El sexto principio consagrado es el clásico “*Principio de protección al consumidor*”. El mismo se encontraba incluido en el primer párrafo del artículo, pero resultaría extraño que, tratándose de un Código de estas características, no se lo incluya de modo expreso.

Aplicaciones prácticas del mencionado principio se encuentran a lo largo del Código, sin embargo, debemos destacar algunas cuestiones debatibles en particular.

En primer lugar, en lo atinente al artículo 35 (como indica MURCIA) señala “Los proveedores no gozarán del beneficio de gratuidad previsto en esta ley y no podrán tramitar ante la justicia en las relaciones de consumo juicios ejecutivos en los que sean demandados consumidores”. Resulta cuestionable la situación para los consumidores que se ven desplazados a un fuero que no es el especializado y creado a los fines de su protección ⁷¹.

En el mismo sentido lo dispuesto por el artículo 171 al reglamentar en cuanto a la prueba el principio típico de “quien alega debe probar”, en lugar de un principio más

70 Cfr. Diego G. MURCIA, cit., página 43.

71 Cfr. Diego G. MURCIA, cit., página 44.

acorde a las corrientes procesales actuales como el de las cargas dinámicas de la prueba ⁷².

Al igual que en el principio precedentemente comentado, el legislador indica “Aplicación de la norma o de la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda”.

Nuevamente entendemos que resulta consagrado en el primer párrafo, pero resulta lógico su enunciación en este texto normativo.

Como octavo principio enuncia “*Orden público y operatividad de las normas*”. Resulta trascendente la interpretación y aplicación de dicho principio. Ello en razón de poder dar operatividad directa a las normas y cláusulas constitucionales y convencionales que garanticen derechos o garantías en este sentido. Del mismo modo, la indisponibilidad de la normativa en juego en virtud de la caracterización como orden público. Cabría observar en este sentido lo dispuesto por el artículo 162 del Código en cuestión.

Propio de un bloque normativo actual y moderno establece como noveno principio “*Consumo y producción sustentable*”. Siendo público y notorio a nivel mundial la problemática del consumo masivo/producción sustentable/derecho a un ambiente sano, es que dicho principio resulta de avanzada e indica la ponderación de dicha cuestión a lo largo del proceso. Asimismo, la consagración de dicho principio da anclaje legal a lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Finalmente, en cuanto a los principios establece “*Criterios de tutela judicial efectiva con especial rigurosidad en el caso de consumidores hipervulnerables y reparación integral*”.

72 Cfr. Diego G. MURCIA, cit., página 44.

En este apartado, se observa el especial hincapié en cuanto a la hipervulnerabilidad del sujeto consumidor y la cuantía/carácter de la reparación -tanto en la conciliación o eventual sentencia-.

Respecto de lo primero, se observa concordancia con lo dispuesto por la Resolución 139/20 de la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Producción de la Nación en cuanto a la consideración y definición de sujetos consumidores hipervulnerables.

En cuanto al carácter integral de la reparación es destacable lo dispuesto y resulta trascendental al momento de la conciliación, debiendo ser especialmente observado al momento de aprobar un acuerdo conciliatorio o transaccional.

Por último, respecto del artículo 2 y la interpretación de las normas del Código, no hacen más que hacer ahínco en lo ya dispuesto en los principios del primer párrafo y los subsiguientes. Es decir, establece una interpretación que favorezca los derechos y garantías de los consumidores en todo el bloque de juridicidad.

En conclusión, resulta un avance trascendental el presente Código en comentario, desde una perspectiva de los derechos de incidencia colectiva y derecho de consumo.

Capítulo 5

Tratamiento dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la legitimación colectiva

En este capítulo realizaremos un análisis del tratamiento dado por el Máximo Tribunal nacional respecto del tema bajo estudio.

Cabe aclarar que por una cuestión metodológica hemos realizado un corte en el año 2009, que es el año en el cual la Corte Suprema dictó el fallo “Halabi”, puesto

que este trascendente caso fue el que dio a luz el nuevo esquema de categorías de derechos, interpretando los derechos colectivos que ya habían sido reconocidos por la Constitución de 1994.

A los efectos de que sea más accesible su análisis hemos utilizado una estructura de análisis idéntica en cada caso, ponderando brevemente los hechos, extrayendo el *holding* en cuanto a acceso a la Justicia y legitimación se refiere, para finalmente comentar sucintamente cómo resultó el proceso para la parte que inició la acción. Todo ello, siempre a la luz de los conocimientos adquiridos por medio de este trabajo.

5.1 Corte Suprema de Justicia de la Nación “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1.563/04 s/amparo ley 16.986”, 24/02/2009.

Hechos

Ernesto Halabi reclamó que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, por considerar que dichas disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas e Internet sin que dicha norma determine “en qué casos y con qué justificativos”. Alegó asimismo que esa intromisión constituía una violación sobre sus derechos a la privacidad y a la intimidad en su condición de usuario, a la par que menoscababa la confidencialidad que, como abogado, tenía en las comunicaciones para con sus clientes.

Legitimación y acceso a la Justicia

Para resolver la cuestión planteada, la Corte Suprema delimitó así, tres categorías de derechos: “...individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses

individuales homogéneos...”⁷³, dejando aclarado que en todos los supuestos debe comprobarse la existencia de un caso, causa o controversia, sin perjuicio de que su concepto varíe según la categoría de derecho que se trate.

Derechos individuales: “(...) Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados(...)”⁷⁴.

Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos: “(...) la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos (...)”; “(...) la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera (...)”; “(...) En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa (...)”⁷⁵.

73 Ver considerando 9.

74 Ver considerando 10.

75 Ver considerando 11.

Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos; “(...) no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (...)”⁷⁶.

Asimismo, el Máximo Tribunal enfatiza en ciertos recaudos que hacen a la admisión y admisibilidad de una acción colectiva⁷⁷. Puntualiza en este sentido que “(...) la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como

⁷⁶ Ver considerando 12.

⁷⁷ Ver considerando 20.

la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (...)

Resultado del proceso

Luego de analizadas las cuestiones precedentemente descriptas, la Corte Suprema entendió que existía en el caso una adecuada representación del colectivo, basándose en la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada y en el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encontraba firme y el decreto reglamentario 1563/04 suspendido en su vigencia ⁷⁸. En cuanto a la legitimación, afirmó que la acción encuadra dentro del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional y la actora se encontraba legitimada por el mismo.

Finalmente, y en cuanto a la cuestión de fondo, la Corte confirmó la sentencia apelada por entender que las normas cuestionadas por la actora trasgredían el derecho a la intimidad tutelado por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, dado que sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarían las interceptaciones sobre las comunicaciones privadas.

Como hemos desarrollado, el fallo “Halabi” marcó un punto de inflexión en materia de procesos colectivos, mediante el cual nuestro Máximo Tribunal desarrollo de manera pretoriana las bases sobre las cuales se sentaron

78 Ver considerando 14.

los mecanismos tendientes a hacer efectiva la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

5.2 Corte Suprema de Justicia de la Nación “Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo”, 15/06/2010, Nro. Interno: T.117.XLVI

Hechos

El actor -diputado nacional- solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que suspenda la aplicación y los actos de ejecución emanados de la ley 26.522 (Regulación de los Servicios de Comunicación Audiovisual) mientras se sustancia la causa, ello, con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite parlamentario. La Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza confirmó la resolución, haciendo lugar a la medida cautelar. Contra tal resolución, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario.

Legitimación y acceso a la Justicia

La corte habilita el recurso, por entender que existe en este caso una gravedad institucional en juego: “(...) si bien los pronunciamientos atinentes a medidas cautelares son regularmente extraños a esta instancia revisora por no tratarse de sentencias definitivas, cabe hacer excepción cuando tales medidas pueden enervar el poder de policía del Estado o exceden el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad (...)”; “(...) la decisión en recurso presenta gravedad institucional en la medida en que trasciende el mero interés de las partes para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional (...)”⁷⁹.

⁷⁹ Ver considerando 2.

Una vez admitido, el Supremo Tribunal analiza si el reclamante puede hacer el reclamo en su calidad de ciudadano, sosteniendo en este sentido que no existía un “caso”, por cuanto no se demostró un perjuicio concreto “(...) la invocación de la calidad de ciudadano, sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (doctrina de *Fallos*, 306: 1125; 307:2384, entre otros). En efecto, cabe poner de manifiesto que el de ‘ciudadano’ es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés ‘especial’ o ‘directo’, ‘inmediato’, ‘concreto’ o ‘sustancial’ que permita tener por configurado un ‘caso contencioso(...)’; “(...) admitir la legitimación en un grado que la identifique con el ‘generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno (...)’”, “(...) deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (...)”⁸⁰.

En cuanto a su carácter de diputado nacional, contundentemente la Corte sostuvo que “(...) un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas (...)”⁸¹.

Respecto a la cautelar, enfatizo que “(...) no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que sin duda no se ajusta

80 Ver considerando 4.

81 Ver considerando 5.

al art. 116 de la Constitución Nacional. Y ello, se torna más llamativo en el caso si se considera que el actor no representa a la cámara legislativa que integra ni al pueblo de la Nación (...); “(...) el *a quo* debió haber considerado que una cautelar que suspende la vigencia de toda la ley 26.522 con efectos *erga omnes* tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes y el modelo de control de constitucionalidad (...)”⁸².

Resultado del proceso

La Corte declara procedente el recurso extraordinario y revoca la sentencia de Cámara. A la luz de las previsiones expuestas en el fallo “Halabi”, el precedente “Thomas” ratifica los alcances de la legitimación colectiva: no basta la invocación de la calidad de ciudadano sin acreditar un perjuicio concreto. Dicho en otras palabras, la mención de un interés generalizado no constituye previsión suficiente que permita habilitar la representación colectiva.

Lo mismo ocurre con la calidad de Diputado Nacional. Si bien fue electo para representar a los ciudadanos en el ámbito del Poder Legislativo, ello no implica que sea un sujeto legitimado como tal, a la luz de las previsiones contenidas en el art. 43 de nuestra Constitución Nacional. Sobre tales bases, el planteo no puede prosperar cuando lo que se trae a consideración es la reedición de un debate que se ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas.

5.3 Corte Suprema de Justicia de la Nación “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/

82 Ver considerando 9.

Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/sumarísimo”, 11/10/2011. U. 66. XLVI

Hechos

El recurso extraordinario interpuesto por la actora fue rechazado por resultar inadmisibile (art. 280 C.Pr.), aclarándose que no correspondía imponer costas en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la ley 24.240.

Legitimación y acceso a la Justicia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de declarar inadmisibile un recurso extraordinario en una causa promovida por una asociación de consumidores, expresó por mayoría que lo hacía “(...) Sin imposición de costas en virtud de lo establecido por el art. 55, segundo párrafo, de la ley 24.240 (...)”.

Resultado del proceso

En el presente, la Corte asume una postura “amplia” del concepto de beneficio de Justicia gratuita previsto en el art. 55 de la ley 24.240, considerándolo comprensivo de todos los gastos que se produjeren en el proceso. Lo que se busca, es garantizar la protección de los consumidores como sujetos de preferente tutela, evitando que obstáculos de índole económica puedan comprometer su acceso a la Justicia.

En el marco de un proceso colectivo cuyo objeto procure la tutela de un interés individual homogéneo, la postura (amplia) asumida por la Corte respecto al beneficio de Justicia gratuita, reviste de cabal importancia a la hora de mitigar la desigualdad estructural existente entre los usuarios o consumidores pertenecientes al colectivo involucrado, garantizando el acceso a una tutela judicial efectiva sobre sus derechos constitucionalmente reconocidos.

5.4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cavalieri, Jorge y otro c/Swiss Medical S.A. s/amparo.”, 26/06/2012 (Tomo 335 y Folio 1080)

Hechos

Actores demandan la provisión por parte de la empresa de medicina prepaga demandada, del equipo de ventilación mecánica y los accesorios pertinentes para el tratamiento del síndrome de apnea obstructiva para todos los afiliados de Swiss Medical que padezcan de esa enfermedad.

Legitimación y acceso a la Justicia

En el presente caso se analiza la cuestión de la legitimación a la luz de la doctrina del fallo “Halabi”.

En ese sentido, la CSJN entiende que no se encuentran acreditados los extremos para que la asociación Proconsumer sea legitimado para accionar contra la demandada.

Para ello, fundamenta el rechazo en dos requisitos:

a) La asociación no ha podido demostrar un hecho -único o complejo- que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos.

Sólo se acreditó que el actor Cavalieri solicitó la provisión y no obtuvo respuesta, como así tampoco se demostró una negativa sistemática que pudiera afectar a otros afiliados.

b) La pretensión se encuentra focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del señor Cavalieri y no en efectos comunes de un obrar de la demandada que pudiera extenderse a un colectivo determinado o determinable.

Resultado del proceso

Se rechaza la legitimación activa de la asociación Proconsumer, por no reunir los dos requisitos señalados precedentemente.

5.5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Unión de Usuarios y Consumidores c/EN -SC- resol. 2925/99 y otros s/proceso de conocimiento”. 06/03/2014

Hechos

La Asociación Civil “Unión de Usuarios y Consumidores” inicia demanda contra el Estado Nacional -Secretaría de Comunicaciones-, Telefónica de Argentina S.A. y Telecom Argentina Stet France Telecom S.A., con el objeto de que se derogaran los anexos I y II de la resolución SC 2925/99, que disponían que las licenciatarias del servicio básico telefónico se encontraban facultadas para cobrar a los usuarios que lo solicitaran una suma determinada de dinero en concepto de “información detallada de factura”, esto es, por la identificación de las llamadas efectuadas desde la línea. Requiriendo que se ordenara a las empresas demandadas a que, en forma inmediata, dejaran de percibir el rubro en cuestión, reintegrasen la totalidad de las sumas recibidas por tal concepto, y comenzasen a brindar aquel servicio a todos aquellos usuarios que en forma fehaciente no se opusieran a recibirlo, sin cargo ni costo alguno, o sólo con un costo equivalente al gasto de impresión en papel del detalle de las llamadas realizadas.

Legitimación y acceso a la Justicia

La CSJN entiende que el caso guarda similitud con la causa “Padec”.

En ese sentido establece que hay un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: el cobro de una suma de dinero a los usuarios que soliciten la información detallada en su factura de las llamadas telefónicas realizadas, que, según las afirmaciones de la asociación, resulta contrario a las disposiciones del arto 4° de la ley 24.240.

Asimismo, la pretensión está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos los usuarios del servicio de telefonía básica que, para acceder a determinada información relacionada con el consumo, deben abonar una suma de dinero adicional.

Finalmente, la consecuencia de no reconocer legitimación procesal a la asociación, es que se produciría una clara vulneración del acceso a la Justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda reclamando el acceso gratuito al servicio de “información detallada”. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas disputadas, individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Así se demostró en la causa, que las sumas requeridas por las empresas licenciatarias para prestar tal servicio oscilaban entre los \$ 2,90 y \$ 3,00 mensuales.

En cuanto a la legitimación de la asociación indicó que el reclamo deducido se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación, en tanto ésta declara entre sus propósitos “difundir y defender los derechos de los usuarios y consumidores que resultan del artículo 42 de la Constitución Nacional, promoviendo la protección de su salud, seguridad e intereses económicos de los mismos y a una información adecuada y veraz”.

Del mismo modo, establece que debe darse intervención al Ministerio Público en virtud de lo previsto en los arts. 25, inc. a, y 41 de la ley 24.946, y 52 de la ley 24.240.

Por último, impone que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del

arto 54 de la ley 24.240.

Resultado del proceso

Declara procedente el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada (la cual confirmó la resolución de la jueza de primera instancia, por la que se había rechazado la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las codemandadas.).

5.6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “PADEC c/Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales”, 21/08/2013

Hechos

La asociación “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor” (PADEC) interpuso demanda contra Swiss Medical S.A. con el objeto de que se declare la ineficacia de las cláusulas contenidas en el contrato tipo que vincula a la empresa con sus afiliados, en cuanto contemplan el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece, la exime de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como de responsabilidad por la suspensión de servicios (cláusulas 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4.2). Asimismo, la actora solicitó que se condenara a Swiss Medical S.A. a dejar sin efecto los aumentos del valor de las cuotas mensuales que habían sido dispuestos.

Primera y segunda instancia hicieron lugar a la falta de legitimación activa opuesta por la demandada.

Legitimación y acceso a la Justicia

La CSJN considera que la cuestión en debate es si de acuerdo con las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, PADEC se encuentra legitimada para demandar a Swiss Medical S.A. a fin de obtener la

declaración de ineficacia de la cláusula contractual que autoriza a esa sociedad a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos.

Para ello, comienza recordando el fallo “Halabi” y las distintas categorías establecidas en el precedente. De ese modo, indica que el presente caso se encuadra como el tercer tipo, es decir, intereses individuales homogéneos.

Así, recorre los requisitos para dicha legitimación (la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado).

Respecto a dichos requisitos y el caso en concreto enuncia respecto a la primera condición: “se cuestiona el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales. De manera que existiría un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos”.

En relación al segundo: “La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, lo que permite tener por configurado el segundo requisito expuesto en el considerando 10. Al respecto debe repararse en que el contrato impugnado contiene cláusulas que alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada”.

Finalmente en cuanto al tercer requisito se pronuncia: “...de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. En efecto, en el caso se impugna una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota

mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así, puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable”.

Del mismo modo que en otros casos, observa la CSJN que en los propósitos (en su estatuto) consagrados de la asociación, se encuentra el de “... la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional” y “...la defensa de los derechos de los consumidores cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y la petición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general”.

Por último, destaca que se debe dar tratamiento al presente proceso en el marco del artículo 54 de la ley 24.240.

Resultado del proceso

Se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada.

5.7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Unión de Usuarios y Consumidores c/Telefónica de Argentina S.A. s/sumarísimo”, 06/03/2014

Hechos

La asociación civil “Unión de Usuarios y Consumidores” promovió acción sumarísima, en los términos del artículo 53 de la Ley N° 24.240, contra Telefónica de Argentina S.A., tendiente a que se condenara a esta úl-

tima a abonar a los usuarios que hubieran sufrido interrupciones en el servicio telefónico por más de tres días hábiles, cuando ello no hubiera sido originado en elementos bajo su responsabilidad. Asimismo, en los casos en los que se hubiese pagado una suma menor a la debida en virtud de la normativa citada, la actora reclamó que se pagara a los usuarios la diferencia, más sus intereses.

Legitimación y acceso a la Justicia

En ese marco, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia y consideró que la asociación no se encontraba legitimada para deducir una acción colectiva como la intentada, ya que sostuvo que la legitimación prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional para interponer una acción colectiva no alcanzaba al supuesto intentado, debido a que la pretensión no tenía por objeto la defensa de derechos de incidencia colectiva, sino que, por el contrario, por ella se perseguía la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los presuntos usuarios afectados.

Agregó que los clientes de la demandada eran los únicos que gozaban de un derecho subjetivo e individual para reclamar el importe debido por la interrupción del servicio telefónico por más de tres días.

Contra esta decisión la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido por encontrarse cuestionada la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En el caso, la Procuradora Fiscal sostiene que el derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y que efectivamente se encuentran cumplidos los recaudos

para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente “Hablabi”, ya que:

1. existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos (el incumplimiento por parte de Telefónica de Argentina S.A. de lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico).

2. la pretensión de la actora está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos los usuarios que sufrieron interrupciones en el servicio por un plazo superior a tres días.

3. de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la Justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda (por la escasa significación económica de las sumas en cuestión, individualmente consideradas).

4. el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la Asociación, ya que ésta declara entre sus propósitos “difundir y defender los derechos de los usuarios y consumidores que resultan del artículo 42 de la Constitución Nacional, promoviendo la protección de su salud, seguridad e intereses económicos de los mismos y a una información adecuada y veraz ...”.

Resultado del proceso

Finalmente, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, remitiendo los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento y, toda vez que la presente acción fue interpuesta en los términos de la Ley N° 24.240, se cumpla con lo dispuesto en el artículo 54 de esta norma, es decir, que la sentencia que haga lugar a la

pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones.

Respecto a la legitimación de la Unión de Usuarios y Consumidores, y el presupuesto de la representatividad adecuada, sólo se destacó el hecho de que el reclamo de autos se encontraría enmarcado dentro del Estatuto de la Asociación, sin más análisis que ése.

5.8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ordinario”, 24/06/2014

Hechos

La asociación civil “Consumidores Financieros” interpuso una demanda contra el Banco Itaú Buen Ayre S. A., a fin de que se lo condenara a devolver a los usuarios de cuenta corriente de la entidad lo percibido en los últimos diez años, por el cobro del concepto denominado “riesgo contingente”, fuera percibido de manera única o en paralelo con otro identificado como “exceso de acuerdo”, cuando los sobregiros efectuados se hubieran cubierto por el cliente en el mismo día y lo cobrado por tal concepto -aun si el descubierto hubiera proseguido por más de un día- cuando su proyección financiera arrojaba una Tasa Efectiva Anual que excediera los límites razonables en la materia.

Además, requirió que se ordenara el cese de esos procedimientos para el futuro, disponiéndose la reformulación de los cálculos respectivos de intereses.

En ese marco, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la resolución de la jueza de primera instancia, que había admitido la excepción de falta de legiti-

mación activa opuesta por la demandada, sosteniendo que la habilitación normativa para que las asociaciones puedan iniciar acciones orientadas a la protección de usuarios y consumidores surge tanto del artículo 43 de la Constitución Nacional como del artículo 52 de la Ley N° 24.240.

Asimismo, destacó que, independientemente de que se inscribiera la cuestión dentro de la órbita de los “derechos de incidencia colectiva” o de “incidencia colectiva referida a intereses individuales homogéneos”, lo cierto es que no puede negarse legitimación a la asociación para deducir la demanda, ya que lo que se pretende en este caso es una condena de carácter general, en la medida en que la acción recae sobre una conducta única y uniforme del banco, con respecto a todos los clientes que poseen una cuenta corriente, que afecta intereses individuales homogéneos, los cuales también son patrimoniales.

Contra esta decisión, el Banco Itaú Buen Ayre S. A. interpuso el recurso extraordinario federal, que fuera concedido.

Legitimación y acceso a la Justicia

En el caso examinado, cabe destacar que se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente “Halabi”, ya que, en primer lugar, existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: el cobro a los usuarios de cuentas corrientes del concepto “riesgo contingente” y la aplicación a las operaciones en descubierto de una Tasa Efectiva Anual que excedería los límites razonables en la materia.

Tal conducta fue llevada a cabo en forma análoga respecto de todos los damnificados y los afecta de manera similar, con independencia de la cuantía del daño sufrido individualmente, por lo que la pretensión de la actora

está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados.

Asimismo, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la Justicia, ya que no parece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda (debido a la escasa significación económica de las sumas disputadas, individualmente consideradas).

Por otro lado, el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora.

Resultado del proceso

Se declara admisible el recurso extraordinario deducido por la parte demandada y se confirma la sentencia apelada.

En esa línea, se señala que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente acción en los términos del artículo 54 de la Ley N° 24.240, y a esos fines, deberá:

1. Identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso
2. Supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso
3. Arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar afuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

Cabe destacar una vez más, que respecto al presupuesto de idoneidad de la Asociación que asumió la representación de los usuarios y consumidores, la Procuradora Fiscal sólo se detuvo en el hecho de que el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de

la asociación actora, citando en esa línea los propósitos que surgen del articulado del mismo.

5.9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A. s/ Amparo”, 23/09/2014

Hechos

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en una demanda promovida por el Intendente Municipal de Berazategui, confirmó lo resuelto en primera instancia, donde se había hecho lugar a la medida cautelar innovativa y ordenado refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones N° 50/2010 y N° 36/2011 de la Secretaria de Comercio Interior y percibir un abono de \$109 o \$116 según los meses de que se trate, obligándola asimismo a abstenerse de interrumpir o modificar el servicio hasta tanto se resuelva la cuestión suscitada.

Contra este pronunciamiento la demandada interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja.

Primeramente, cabe destacar que la cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, ya que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

En el caso de autos, siendo que la cautelar es tomada en el marco de un proceso colectivo, y considerando sus efectos expansivos, resulta imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia ya que las garantías del debido proceso y la

igualdad ante la ley se ven particularmente comprometidas.

Legitimación y acceso a la Justicia

Por otro lado, el debate en el caso de autos gira en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión de orden federal, que excedería la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales (conf. arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la cual la autoridad nacional cuenta con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el cual, a su vez, la accionada pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos. Asimismo, y luego de una serie de consideraciones respecto al efecto de medidas cautelares dispuestas en procesos colectivos en distintas jurisdicciones, con sujetos diferentes, pero vinculadas a una causa común y homogénea, el Tribunal pone de resalto que se advierte un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país, lo que genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente.

Por estas razones la Corte estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos “los procesos de esa naturaleza que tra-

miten ante los tribunales del país”, a fin de evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de Justicia.

Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a la Justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios.

Resultado del proceso

Se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la medida cautelar dispuesta y se remiten las actuaciones al juez federal de Mar del Plata por ser el magistrado que previno.

5.10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Kersich Juan Gabriel, y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”, 2/12/14

Hechos

Un grupo de vecinos de 9 de Julio, instan una acción de amparo colectivo, con el objeto de que ABSA presente un servicio de calidad, acorde a la normativa vigente. Hasta el momento se había encontrado elevados niveles de arsénico en el agua.

Legitimación y acceso a la Justicia

La acción prosperó en la instancia de grado, donde en principio se otorgó una medida cautelar al actor, con la particularidad de que el magistrado aceptó con posterioridad la adhesión de dos mil seiscientos cuarenta y una (2641) personas en condición de nuevos actores en el presente proceso respecto de quienes hizo extensiva

la medida cautelar dictada. Este decisorio fue apelado, confirmado por la Cámara Federal de La Plata, y declarado inadmisibile el recurso ante la Suprema Corte provincial, lo cual dejó firme el pronunciamiento del juez de instancia.

En lo que aquí interesa la Corte Suprema sostuvo que: "...asiste razón a la .demandada cuando invoca la violación del derecho de defensa, no sólo por la carga que se le impusiera, sino también por el cambio sorpresivo de reglas. Las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales... los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del presente proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones.

Resultado del proceso

La Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia apelada y ordenó la remisión de la causa al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento enmarcado en lo resuelto en el fallo.

5.11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pen-

sionados s/amparo”, 10/02/2015

Hechos

La actora interpone acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas.

La Cámara Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia que rechazó *in limine* el amparo por falta de legitimación de los actores.

En lo sustancial, para su rechazo, alegó “...que la pretensión de la presente acción de clase era que se redujera la demora en el pago de las prestaciones a las prestatarias de salud, lo cual tenía naturaleza individual y exclusiva respecto de cada una de las empresas o profesionales requeridos...que cada uno de los afiliados tenía en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo y por lo tanto poseía legitimación individual para reclamar el cese de la demora en la atención...”.

Legitimación y acceso a la Justicia

La Corte comenzó aclarando que: “...el amparo promovido por las asociaciones demandantes se refiere a intereses individuales homogéneos afectados por el obrar del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados que obstaculizaría el acceso igualitario a prestaciones integrales de salud de una pluralidad indeterminada de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas..., y que esta Corte ha señalado que la categoría de derechos mencionada se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (*Fallos*, 332:111 ‘Halabi’, considerando 12)...”, en el mismo sentido señaló que: “...

en sub lite se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes del problema, que se vincula directamente con el derecho a la salud...” dejando claro el encuadre correspondiente al caso.

Por último, y aquí lo más valioso del fallo en comentario, respecto de la legitimación de las personas en condición de vulnerabilidad aseveró: “Que aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)...La protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado...”, dando el cierre argumental siguiente: “por estas razones y, a los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socio-económica, corresponde reconocer legitimación a las asociaciones actoras para iniciar la presente acción colectiva. Máxime si se repara en que con la pretensión procesal deducida en autos se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas...”.

Resultado del proceso

En un precedente de incuestionable valor para nuestro tema y sobre todo para el acceso a la Justicia de colecti-

vos vulnerables, la Corte hizo lugar a la Queja y dejó sin efecto la sentencia apelada.

5.12 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/Nación Seguros S.A. s/ordinario”, 24/11/2015

Hechos

La apelante solicita la exención del depósito previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con sustento en el beneficio de Justicia gratuita establecido por el artículo 55 de la ley 24.240.

Legitimación y acceso a la Justicia

El Máximo Tribunal nacional entendió que: “...No es posible soslayar que, en el marco de las relaciones de consumo, el consumidor se encuentra en una situación de debilidad estructural, por ello, y en orden a preservar la equidad y el equilibrio, resulta admisible que la legislación contemple previsiones tuitivas en su favor...En este sentido, la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo...”.

Resultado del proceso

Atento a la claridad de la norma invocada y de lo resaltado en el apartado anterior se resolvió que “no cabe exigir en autos el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal civil y Comercial de la Nación”.

5.13 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo”, 18/08/2016

Hechos

La actora (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo (en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y ley 16.986) contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y de que, en forma cautelar, se suspendiese la aplicación del nuevo “cuadro tarifario” previsto por la resolución MINEM 28/2016, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía.

Legitimación y acceso a la Justicia

En esta oportunidad la Corte Suprema entendió que: “Sólo respecto de los ‘usuarios residenciales’ es posible sostener que el caso en que se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación que fijan nuevos precios y tarifas para el servicio de gas involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia, en tanto sólo en relación a dicho colectivo cabe presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional...”, realizando de tal manera una discriminación respecto de los dos grandes tipos de usuarios del servicio (residenciales y grandes usuarios). Únicamente luego de realizar esta consideración es que consideró cumplidos los requisitos de procedencia en materia de legitimación, instaurados en el año 2008, mediante el precedente “Halabi”.

Finalmente, en lo que es materia de esta investigación que: “La importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia cobra especial importancia en el reclamo relacionado a las tarifas de gas y a los usuarios residenciales ya que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada de dichos usuarios podría obtener de

la sentencia dictada en la causa respectiva, y una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo”.

Resultado del proceso

Se confirmó parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribió al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural.

5.14. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Abarca, Walter José y otros c/Estado Nacional Ministerio de Energía y Minería y otro s/amparo ley 16.986”

Hechos

Los actores, legisladores de la Provincia de Buenos Aires, el Secretario de la Defensoría del Pueblo Bonaerense y un club de barrio (“12 de Octubre”) interponen acción de amparo colectivo, solicitando se deje sin efecto Resoluciones del Ministerio de Energía Nacional, que en lo sustancial revestían aumentos y/o modificaciones de los cuadros tarifarios. El argumento central fue no haber realizado audiencia pública.

Legitimación y acceso a la Justicia

Respecto del Secretario del Defensor del Pueblo, luego de realizar un pormenorizado análisis de la regulación legal del instituto, consideró que el mismo se encontraba vacante de forma definitiva, y en marcha el procedimiento para nombrar un nuevo Defensor, razón por la cual el Secretario mal podía arrogarse las ingentes funciones que la Constitución Provincial pone en cabeza del Defen-

sor del Pueblo. Atento a ello, descartó de plano su legitimación.

Por su parte, y al momento de tratar la legitimación de Abarca y el resto de legisladores se limitó a señalar: “Que la legitimación de Walter Abarca y Evangelina Elizabeth Ramírez fundada en su carácter de miembros integrantes de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires dista mucho, también, de ser un tema novedoso en la doctrina de los precedentes de esta Corte. El trazado de la línea que separa lo permitido de lo proscripto a los legisladores cuando, en esa condición, demandan ante el Poder Judicial, es claro y no deja margen para la duda, ni mucho menos para el error”, y cerró su argumento volviendo sobre la asentada doctrina legal de los precedentes “Thomas”, “Polino”, “Dromi”, etc.

Finalmente analizó la legitimación del Club Social y Deportivo “12 de Octubre” y al considerar que el colectivo que intentaba representar no surgía claramente demarcado de los antecedentes expuestos, descartó su legitimación hasta tanto se cumpla con tal requisito.

Resultado del proceso

Se revocó la sentencia y encomendó al juez de grado que reexamine la legitimación del mencionado club de barrio.

Capítulo 6

Experiencia recogida en las entrevistas con los diferentes actores del sistema de acceso a la Justicia para sujetos vulnerables

En el marco del presente proyecto se realizaron diferentes entrevistas con abogados y abogadas en su calidad de representantes de diferentes actores del sistema argentino de acceso a la Justicia para personas en condi-

ción de vulnerabilidad, especialmente consumidores.

Respecto de los criterios de selección para realizar las entrevistas se tuvo en cuenta la función de cada uno de los entrevistados en su rol específico, como actores del sistema jurídico de protección al consumidor, puesto que la intención fue realizar un abordaje multifocal y para ello se tornó necesario obtener los diferentes enfoques en cuanto a la problemática analizada.

Entre ellos podemos mencionar al Defensor del Pueblo de la Nación, quien tiene legitimación especial otorgada por la Constitución Nacional para presentarse en juicios representando intereses colectivos de los consumidores, la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, que es quien aborda la problemática desde la representación legal del Estado provincial en juicio en donde en entre otras, le toca representar empresas de servicios públicos estatales o con participación estatal mayoritaria, abogados especialistas en litigios colectivos, asociaciones de defensa del consumidor, autoridades de aplicación de la ley de defensa del consumidor y representantes de los abogados liberales.

En tal sentido las categorías que hemos trabajado son:

1. Consumidor:

a) Entrevista de la Asociación de Defensa del consumidor ADDUC: problemática procesal de las acciones de clase.

b) Entrevista al Defensor del Pueblo de la Nación: finalidad preventiva y disuasiva del organismo.

c) Entrevista Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires: El consumidor es un grupo tradicionalmente postergado.

2. Eficiencia del sistema

a) Entrevista abogado de la matrícula (ejercicio liberal): fallas en la implementación del sistema a causa de

falta de voluntad política.

b) Entrevista Dirección de Defensa del consumidor de la Provincia de Buenos Aires: protocolos de actuación para hipervulnerables.

Asimismo, es necesario destacar que nuestro equipo encontró una fuerte reticencia por parte de las autoridades públicas (por ejemplo Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Fiscalía especializada en temas de defensa del consumidor del Ministerio Público Fiscal de la Nación, entre otros), habiendo realizado todo tipo de gestiones, contactos personales, sostenidos con inagotable paciencia, el resultado en muchos casos ha sido nulo.

Sin perjuicio de la aclaración correspondiente que siempre se hizo a las autoridades respecto del perfil -netamente académico- de la entrevista, percibimos un miedo exacerbado a la ventilación de información de los organismos, que puedan usarse con fines políticos.

Resulta paradójico que los mismos funcionarios públicos que deberían velar por el verdadero acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, que dicho sea de paso cobran sueldos (en muchos casos grandes sumas) del dinero de nuestros impuestos muestren semejante desinterés por colaborar con el desarrollo de un proyecto de investigación universitario, siendo que el objetivo de éste es, a través del conocimiento, aportar un grano de arena a la lucha por el reconocimiento efectivo de los derechos de los más vulnerables.

Sin perjuicio de ello, aquí exponemos las experiencias con las autoridades públicas y privadas que sí prestaron amablemente su colaboración para el presente proyecto de investigación.

Las respuestas fueron analizadas a través de las posturas obtenidas de cada uno de los entrevistados y contrastadas con el marco teórico construido e investigado

por el equipo de trabajo.

6.1 Defensor del Pueblo de la Nación

Como es tristemente sabido por todos, la Defensoría del Pueblo de la Nación carece de titular desde el año 2009, momento en el que quedó vacante y desde entonces increíblemente no ha sido designado el nuevo titular del organismo constitucional. Sin perjuicio de ello, tuvimos la oportunidad de entrevistar a dos abogadas a cargo del área de servicios públicos que cuentan con muchísima experiencia, las doctoras Mariana Grosso y María Florencia Sturlo.

En primer lugar señalaron que la realidad es que el instituto del Defensor del Pueblo -que nace en Europa-, el *Ombudsperson* (ya no se dice *ombudsman*), está pensado como una persona que tiende a la disuasión, a la persuasión. En definitiva, llegar a una instancia judicial es el fracaso de la labor de la Defensoría del Pueblo.

Y este rol del organismo fue ilustrado de la siguiente forma: “tenemos varias herramientas previas antes de judicializar un tema; la realidad es que nosotros, a través de un pedido de informe, a través de una recomendación, tratamos de advertir una disfunción, de solicitar una modificación una conducta. En el caso específico de usuarios y consumidores, de reparar una línea del servicio telefónico, de que te entreguen tu producto en tiempo y forma -ejemplo, el servicio postal-. Si vos tenés que llegar a una instancia judicial es que fracasaste. Y eso, vuelvo a decir, es la razón de ser de lo que es la figura del *ombudsman* o *ombudsperson*”.

Al ser consultados respecto de su legitimación constitucional y los resultados obtenidos al momento expresaron: “Tenemos legitimación; la realidad es que nuestro historial -en lo que fueron acciones judiciales interpuestas

por la defensoría- es bajísimo el nivel de resultados positivos que nosotros tenemos”. Respecto del conocimiento que tiene la sociedad en general del organismo y de las acciones que se realizan desde allí, respondieron que “el área de prensa informa y hace las gacetillas, después si el medio lo levanta o no lo levanta, nos excede”.

Posteriormente se les consultó respecto de la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad, a lo cual respondieron con un ejemplo de una causa tramitada ante el organismo: “Nosotros, en particular, primero que estamos divididos en varias áreas temáticas. Ejemplo, todo lo que fue Cuenca Matanza-Riachuelo, lo manejó el área de medioambiente. Nosotros tenemos específicamente un área de grupos vulnerables. En términos estrictos, las Reglas de Brasilia nosotros no las utilizamos respecto con el acceso a la Justicia, pero nosotros le damos un enfoque de derechos humanos a los reclamos.

Es decir, nosotros identificamos al titular del derecho, a esa afectación de derechos, al responsable, al que tiene la obligación de darle esa protección al derecho. Y ahí, determinamos claramente que tenés la definición que hace Naciones Unidas de grupos en situación de vulnerabilidad, porque no se habla más de grupos vulnerables sino de ‘grupos en situación de vulnerabilidad’. Nosotros sí se los identificamos en el pedido de informe y eso también hace, muchas veces, parte de nuestro éxito en una petición. En esta identificación, en esta situación especial que se encuentra de vulnerabilidad, para hacer una rogatoria de una empresa o a un ente regulador o al propio Estado. Nosotros, por ejemplo, tenemos un canal directo con el ente regulador, frente a situaciones éstas de alguien que está en una situación extremadamente vulnerable y se

manda directo, sin más trámite. Nos llega el mail y eso se pone en conocimiento del ente”.

Consultados respecto de la condición de vulnerable del consumidor, se expresaron del siguiente modo: “La visión es compleja y termina siendo parcial, porque si vos tomás -lo que nosotros tomamos- de lo que es Naciones Unidas como grupo vulnerable como tal, no está específicamente el que dice que es el consumidor. Tenés niños, niñas, adolescentes, migrantes, afrodescendientes, grupos LGTB, etc. Eso es el grupo, para Naciones Unidas, en situación de vulnerabilidad.

Lo que vos tenés con el consumidor es una asimetría, ésa es la situación, es asimétrica. También te puede pasar que si un consumidor tiene la capacidad económica de litigar contra una empresa, lo va a hacer. Ésa fue, en su momento, la razón de ser de los entes reguladores; fíjense que en las leyes, tanto de gas y de electricidad, uno de los objetivos que tiene el ente en sus funciones es la protección de los intereses de los usuarios. Les estoy hablando de leyes del año 94, el derecho del consumidor no estaba desarrollado en los términos que puede estar desarrollado ahora. Nosotros siempre veíamos una empresa distribuidora -que podía ser una multinacional con su grupo de abogados- y tenías un usuario que estaba reclamando por una mala facturación. ¿Quién tenía que equilibrar esa situación asimétrica? Vos tenés consumidores hipervulnerables, eso está en la resolución”⁸³.

Por último y consultado respecto de si el hecho de no contar con un defensor designado y la falta de recursos humanos o materiales constituyen barreras para el funcionamiento del organismo se manifestaron por la nega-

83 Resol. 139/2020.

tiva. Sin perjuicio de las limitaciones existentes que muchas veces son comunes a toda la Administración Pública, el trabajo se ha podido llevar a cabo con normalidad, incluso en la pandemia, cuando el organismo tuvo que atender consultas por Whatsapp y Zoom.

Es de destacar el elevado profesionalismo con el cual se desarrolló esta entrevista que duró más de una hora y media (aquí se reproduce sólo la parte que consideramos la más interesante para nuestro estudio) donde quedó evidenciado el enorme trabajo que se hace desde el organismo así como el fuerte compromiso de las letradas entrevistadas para con el fin que persigue la Defensora del Pueblo.

6.2 Asociación de Defensa del Consumidor-ADDUC

Entrevistamos a los máximos referentes de la Asociación de Defensa del Consumidor- Asociación de Defensa de Usuarios y Consumidores (ADDUC), una de las más antiguas del ámbito bonaerense y con reconocido prestigio en su trayectoria, en cabeza de Osvaldo Bassano y Gabriel Medrano Martínez.

Respecto de las principales barreras advertidas para el acceso a la Justicia en clave colectiva, señalaron: “Hay infinidad de derechos vulnerados que no llegan a conocimiento de personas que pueden preparar una acción colectiva. Pueden llegar a las entidades y no pasar nada; pueden llegar a denuncias individuales de los organismos públicos que no demandan colectivamente. Pueden llegar a imputaciones, como hacía la Dirección Nacional hasta el año pasado y lo va a seguir haciendo ahora, imputaciones colectivas (con Barocelli). Llegaban denuncias de determinada cuestión, veían que eran todas similares y

hacían una imputación global, pero siempre esas imputaciones tienen que ver con la cuestión del Derecho Administrativo, en el mejor de los casos van a parar al Estado para una reparación. Por eso, la primera dificultad es el desconocimiento.

La segunda dificultad es buscar a la persona o la entidad para vehiculizar un reclamo colectivo. En Argentina todavía está mal visto, como una industria, el demandar colectivamente. Al contrario de lo que sucede en Estados Unidos, el abogado invierte en una *class action*, pone dinero de su bolsillo, consigue crédito de un banco para poner en esa acción colectiva y se lleva un gran rédito en honorarios, luego paga ese crédito y se queda con la ganancia, Ése es el sistema americano, que en Europa se está empezando a utilizar y se llama ‘financiación de litigios’.

Sobre su experiencia y mirada respecto del nuevo fuero del consumidor en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos expresaron lo siguiente: “el fuero de la Ciudad tiene algo muy importante que es una ley. El Código es bueno, tiene buenas normas, una sola norma problemática que es la del proyecto de publicidad que dice que el actor tiene que presentar uno. Por lo que están interpretando los jueces, la palabra ‘proyecto de publicidad’ implica decirle al juez, ‘mande un edicto a tal medio’ o ‘mande un oficio’ y no que tengas que presentar un proyecto presupuesto con la plata que vas a poner. El resto de las normas, de lo que estuvimos hablando, tiene soluciones para casi todo. Por ejemplo, me han pedido anticipo para gastos, está prohibido; no hay mediación; el principio de gratuidad está tipificado en la ley; tiene una norma que dice que si la pericia contable esconde la documentación, se va a las presunciones.

Tienen una Fiscalía de Delitos Complejos que se originó en septiembre de 2021, con una fiscal -la Dra. Mon-

ti- que, de los cuatro o cinco juicios que yo le mandé, nos hizo un excelente dictamen inicial donde radiografió la demanda y dijo ‘tiene legitimación, tiene representación adecuada, por esto, por esto...’. No me puedo quejar, parece una persona que estudió el tema. No conocemos cómo van a ir saliendo las sentencias, no es una crítica, es entrar a un terreno nuevo y otra, que no sabemos si el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires es relativamente progresista o no. Tiene una sentencia muy preocupante, en un caso que se llamó ‘Padec c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires’, donde la Corte en todos los juicios dijo que había legitimación y en el fuero de la Ciudad se dijo que no. Ese fallo está en la Corte, espero que lo revoque. Parece un Tribunal difícil de llegar a él, puede ser complicado. Pero, en un proceso colectivo, antes de llegar al Tribunal de Justicia tiene tantos kilómetros, vueltas y baches que los procesos colectivos generalmente terminan antes. Pero puede ser una tendencia del Tribunal de Justicia, pero es más difícil que te planteen una doctrina mala (para el consumidor) cuando hay tanta reglamentación, tantas cuestiones que se fueron discutiendo en veinte años atrás que ya están reglamentadas en ese Código”.

Finalmente compartieron la experiencia en un novedoso juicio impulsado por la asociación en dicho fuero: “Tenemos un juicio muy interesante en ese fuero -primero y único que hay- por *hackeo* de base de datos, de la empresa Cencosud. Hace un año atrás sufrió un *hackeo* de sus bases de datos, lo ocultó al regulador (la agencia de información) y obviamente, a los consumidores. Los datos eran de compra de tarjeta. Entonces, los *hackers* se metieron en la base de datos y los consumidores empezaron a recibir un llamado de *phishing*, que ahora están de moda, hubo fraude. En ADDUC iniciamos una demanda cuyo objeto prime-

ro es la acumulación de daño colectivo del CCCN, denunciando la ocultación de la información del *hackeo*, pidiendo que el juez le ordene publicitar diez edictos en diarios de cada una de las sucursales del país de CENCOSUD. Este aviso va a llegar tarde, pero alertando de que hubo fraude y alguien después pueda hacer un juicio individual. Y pidiendo una indemnización de -creo- pesos quinientos por cada titular de datos que estuviera en esa base de datos. La cifra es enorme. Es un daño punitivo por haber ocultado; cuando te *hackean* tenés que demostrar tus medios de defensa previos al *hackeo* (de seguridad); pero cuando a vos te *hackean*, vos tenés que darlo a publicar, tenés que informar. La primera cuestión es una obligación de hacer (puede ser subjetiva o puede ser a título de culpa), pero si vos ocultas el *hackeo* por el prestigio de la empresa, es una obligación dolosa, con malicia y ahí se da el daño punitivo, de eso no hay dudas. Veremos qué pasa. Por el momento, la fiscal dijo que había relación de consumo”.

6.3 Abogados de la matrícula

Como representante de los abogados de la matrícula tuvimos el lujo de entrevistar al máximo referente nacional en materia de Defensa del Consumidor, Dr. Gabriel Stiglitz, de cuya entrevista pudimos extraer los siguientes puntos:

No hay problemas de normas ni de gratuidad en cuanto a acceso a la Justicia. Hay una deficiencia de la implementación. Los mayores problemas se advierten en la legitimación activa de Defensor del Pueblo y Ministerio Público, lo cual evidencia la falta de voluntad política para accionar.

Existe una problemática respecto las Asociaciones de consumidores, en torno a su legitimación, puesto que con-

forme surge de la Constitución y la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor con la mera constitución de la asociación ya se tiene legitimación para interponer acciones colectivas y esto hace que muchos estudios jurídicos utilicen el ‘ropaje’ de asociación de consumidores con el único fin de litigar colectivamente por honorarios y no para cumplir con la tutela de los derechos de los sujetos vulnerables.

Respecto de la representatividad adecuada, la habilitación administrativa (el mero otorgamiento de la personería jurídica), no hace (a su criterio) a la representatividad adecuada de una asociación. Deben examinarse otros criterios como las funciones que cumplen en materia de educación del consumidor, prevención, etc. Asimismo debe tenerse en cuenta la competencia territorial, y debe existir un control por parte de los jueces de la representatividad en el caso.

No debe incluirse al empresario como consumidor, en el sentido de la vulnerabilidad. Lo mismo con la cuestión de la gratuidad. Tiene ley de lealtad comercial, etc. No reúne las mismas características que hacen del consumidor un sujeto vulnerable, merecedor de la máxima tutela por parte del Estado para el aseguramiento de sus derechos.

El Derecho del Consumidor se nutre de varias fuentes del Derecho y debe haber una armonización de las mismas.

6.4 Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires

Entrevistamos al Dr. Leandro Safi, Secretario Letrado de la Subsecretaría en lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía de Estado, y pudimos extraer las siguientes consideraciones:

Los procesos colectivos vienen a ayudar a grupos en situación de desventaja o vulnerabilidad.

Se ha asociado históricamente ambiental con colectivo y consumidor con plurindividual homogéneo. Esto no siempre es así, puede ser entendido también en el sentido contrario.

No hay legislación que regule la litispendencia en cuestiones de procesos colectivos, generando problemáticas en este sentido, puesto que conlleva el riesgo de doble enjuiciamiento/doble condena.

Según entiende Safi, tomando como base el precedente “Halabi”, pueden entrar (los consumidores) por grupos tradicionalmente postergados (la excepción que dicho fallo establece). Para excepcionar la cuestión de que sea económicamente dificultoso el acceso a la Jurisdicción por los montos.

El Registro de juicios colectivos, funciona entre los propios colectivos entre sí, no con los individuales. No se ve un buen funcionamiento del *opt out*, siendo ésta la elección voluntaria de los particulares de no participar en una acción colectiva, puesto que no tienen interés en que se les aplique la sentencia con efectos *erga omnes*, producto de determinada acción.

El paso por la instancia administrativa hay que analizarlo sobre sí se verifica la existencia de caso/controlversia. A partir de allí, debe observarse la cuestión del agotamiento de la vía administrativa.

Diferencia entre registro provincial y nacional de los juicios colectivos: uno bloquea y el otro genera anotación superpuesta que deja a criterio de cada juez si es en el mismo marco que el colectivo o no.

Respecto a la constitucionalidad de las reglamentaciones por acordada, se generan algunas dudas respecto a su alcance. Sobre todo, en cuanto al avance sobre competencias legislativas.

Lo mismo sucede respecto de la omisión inconstitucional en cuanto a la reglamentación de los procesos colectivos. Duda en si es sustancial (competencia nacional) o procesal (provincial).

6.7 Dirección de Defensa del Consumidor de la Provincia de Buenos Aires

Por la autoridad de aplicación, entrevistamos al Director provincial Dr. Luciano Blanco, la Directora de Área Dra. Carolina Murga, y la Dra. Valeria Barceló, Jefa de Departamento de Defensa del Consumidor.

Debido a la claridad en las respuestas brindadas por el organismo, reproducimos aquí la parte central de la misma, de manera textual.

Pregunta: -El proyecto, identifica al consumidor como sujeto vulnerable. Esto determina que merece una mayor protección por parte de las autoridades (en sentido amplio). ¿Está de acuerdo con esta premisa?

Respuesta: -Por supuesto, las y los consumidores son sujetos vulnerables en las relaciones de consumo. Existe un desequilibrio estructural en la relación con los proveedores y/o empresas, donde los consumidores y usuarios son la parte débil y se torna por ello necesario la intervención por parte del Estado y las autoridades a fin de restablecer ese desequilibrio y dotar a los consumidores de la protección que le otorga la normativa consumeril, la cual resulta además de orden público.

En la sociedad de consumo las relaciones entre consumidor y proveedor de bienes y servicios son esencialmente asimétricas, existe una subordinación del consumidor, debilidad o vulnerabilidad estructural, que se pone en evidencia en su debilidad negocial e inferioridad manifiesta y son por consiguiente merecedores de una tutela especial.

Pregunta: -¿Cómo podría describir el rol de la Dirección Provincial de Defensa del Consumidor de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a la defensa de los derechos de los sujetos vulnerables, especialmente los consumidores?

Respuesta: -El rol de la Dirección Provincial de Defensa de los Derechos de las y los Consumidores, como autoridad de aplicación de la Ley Nacional 24.240 y Ley Provincial 13.133, junto con el de las autoridades locales (municipales) de aplicación es esencial en la defensa y protección de los derechos de las y los consumidores.

Lleva adelante un rol activo en la defensa de los mismos, asegurando el derecho constitucional de acceso a mecanismos ágiles, gratuitos y efectivos para la resolución de los conflictos de consumo, asesorando a las y los consumidores, atendiendo y tramitando sus reclamos y denuncias, llevando adelante la instancia conciliatoria en pos de arribar a un acuerdo entre las partes, realizando el control y juzgamiento de las infracciones a la ley y aplicando las sanciones correspondientes. Asimismo posee amplias facultades para iniciar actuaciones de oficio y dictar medidas preventivas administrativas, lo que ha sido llevado adelante por la autoridad provincial imputando de oficio en caso de afectación colectiva de derechos, reiteración de conductas contrarias a la normativa de defensa del consumidor, gravedad de la infracción, prácticas comerciales abusivas y ante la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

También se ha implementado en la Provincia de Buenos Aires un protocolo especial de atención de reclamos de sujetos en especial situación de vulnerabilidad (hipervulnerabilidad) a fin de agilizar el procedimiento y brindar una especial atención a sus reclamos, agravando al

propio tiempo la sanción en caso de falta de acuerdo y solución a los mismos.

Pregunta: -¿Considera que los recursos que tiene la Autoridad de Aplicación son suficientes para el alto fin que persigue?

Respuesta: -Las herramientas y facultades con que cuentan las autoridades de aplicación son amplias, y se llevan adelante con el compromiso que la temática implica, asumiendo siempre un rol activo en la defensa de las y los consumidores, optimizando al máximo los recursos con que se cuenta, aunque siempre es importante dotar a los organismos de defensa del consumidor de mayores recursos y personas, jerarquizando la estructura. Además la autoridad provincial brinda asistencia y asesoramiento jurídico a las distintas autoridades locales de aplicación (OMIC) acompañando y ofreciendo cursos de capacitación.

Pregunta: -¿Cuál es su experiencia en el inicio de reclamos colectivos?

Respuesta: -En la autoridad provincial se han tramitado numerosos reclamos colectivos, por ejemplo en casos recientes de viajes de egresados suspendidos por la pandemia, con resultados favorables en la instancia de conciliación y arribándose a acuerdos satisfactorios para los derechos de los consumidores.

Pregunta: -¿En su opinión, qué mecanismo legal podría facilitar la protección de los grupos vulnerables?

Respuesta: -Llevando adelante procedimientos administrativos ágiles, gratuitos y adecuados para el tratamiento de los reclamos y con un rol activo como el que se desempeña desde el Organismo, así como actuando de oficio ante la vulneración de derechos o prácticas abusivas y dictando medidas preventivas y de control de los contratos de adhesión, con protocolos especiales de aten-

ción a los sujetos hipervulnerables en las relaciones de consumo.

Capítulo 7

Conclusiones y líneas de mejora

Necesidad de una regulación positiva

Al momento de comenzar con este trabajo, partimos desde una noción preconcebida. La falta de regulación específica en la materia bajo análisis. No obstante se imponía un estudio profundo para corroborar cuánto afectaba esta circunstancia de público y notorio conocimiento, en el funcionamiento de procesos colectivos en Argentina, y lamentablemente como consecuencia de nuestro trabajo hemos advertido que es justamente ahí donde está el problema central para la tramitación de este tipo de procesos, sin perjuicio del activismo judicial y el gran desarrollo de la temática en la jurisprudencia de la Corte Nacional.

Entendimos que si bien el reconocimiento expreso de la tutela sobre los llamados derechos de incidencia colectiva ha sido incorporado a través de la última reforma constitucional del año 1994, no existe a la fecha un marco normativo que reglamente este tipo de acciones, que conforme dijéramos al principio son una herramienta fundamental para el acceso a la Justicia de sujetos vulnerables.

Pudimos observar que, ante la desidia por parte del legislador y dada la indubitable importancia que gira en torno a estos llamados derechos de tercera generación, nuestro Máximo Tribunal buscó, mediante una construcción pretoriana, establecer mínimamente un marco que delimite ciertos recaudos que hacen a la procedencia y

validez de las acciones colectivas que buscan tutelarlos. En efecto, al tratarse de derechos plenamente operativos y dada la trascendencia social, económica, política e institucional que gira en torno a los mismos, su reconocimiento no puede quedar supeditado a una ley que los reglamente: la garantía existe y está consagrada en nuestra Carta Magna.

No obstante, este escenario no es el ideal y la necesidad de la sanción de un marco normativo que reglamente estas acciones se hace imperiosa, dada su inevitable proliferación. En efecto, el surgimiento de una sociedad de masas, una economía cada vez más globalizada, el consumo masivo y el agotamiento de los recursos naturales, de la mano de una fuerte evolución tecnológica, introducen riesgos que pueden potencialmente expandirse hacia grandes grupos de personas.

Ante este panorama, las escasas previsiones conferidas sobre algunos artículos previstos en la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) y las dos acordadas de la CSJN, no alcanzan ni mínimamente a reglamentar una cuestión tan compleja e importante. Se hace necesaria la construcción de un marco normativo, mediante el cual se tipifique claramente los requisitos que hacen a la procedencia y validez de las acciones colectivas, así como también, las cuestiones de forma en miras a poder aportar un correcto orden en la actividad tribunalicia cuando de estas acciones se trate y cuyas características resultan ser tan propias.

Así, cuestiones como los alcances de la acción colectiva, los tipos de procesos colectivos, la delimitación de la clase involucrada, la competencia, la legitimación, la representación adecuada de la clase, la publicidad de la acción, la posibilidad de ejercer el derecho de autoexclusión, los efectos de la sentencia colectiva, la relación entre las ac-

ciones colectivas y las individuales, las cargas sobre las costas del proceso, las materias excluidas, entre otras, resulta menester que sean reglamentadas por parte del Poder Legislativo, tanto a nivel nacional como provincial. En este punto nos detenemos puesto que nos parece ineludible señalar que no bastará con una regulación de fondo del tipo previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, sino que deberá hacerse a la par una regulación adjetiva que conviva y garantice armónicamente el acceso a la Justicia de los sujetos -consumidores- vulnerables.

Se encuentra en mora la sanción de una norma por parte del Congreso Nacional que permita reglamentar la materia, siendo el Poder Legislativo, el único investido con tales facultades para suplir este claro vacío legal que viene siendo señalado por la CSJN desde la causa “Halabi”. Este “retardo normativo”, se tradujo en que el Poder Judicial haya avanzado sobre la reglamentación de derechos constitucionales a fin de que los mismos puedan ser ejercidos y tutelados, situación que debe ser resuelta de forma definitiva y rápida, a fin de resguardar la división de poderes (artículos 44 y 75 de la Constitución Nacional).

Actualmente, existen desde ambas Cámaras varios proyectos de ley que buscan regular la materia, pero ninguno de estos aún ha sido tratado lamentablemente. Entendemos que la norma inevitablemente será sancionada y que ésta guardará armonía con los lineamientos que ha construido nuestro Supremo Tribunal hasta la fecha, con el objeto de garantizar el ejercicio pleno de estos derechos de raigambre constitucional.

En miras al cumplimiento de dicha finalidad, la norma deberá mínimamente: lograr una real eficiencia de la Administración de Justicia concentrando los casos que tengan origen en un mismo hecho bajo una sola acción

judicial; facilitar el acceso a la Justicia de grupos que ven impedida su protección por distintos motivos (económicos, sociales y culturales); prevenir y desalentar conductas ilícitas masivas, y evitar la repetición de resoluciones distintas para un mismo conflicto.

Es necesario señalar la experiencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que ha sido pionera en la materia, primero al dar nacimiento al fuero del consumidor para su territorio y luego al sancionar un verdadero código que regula las acciones colectivas que tengan su base en una relación de consumo. Celebramos esta iniciativa y creemos que éste es el camino a seguir.

Hemos buscado recopilar a lo largo del presente trabajo los lineamientos vertidos por nuestra Corte Suprema respecto a la tutela de los llamados derechos de incidencia colectiva específicamente en materia de legitimación de consumidores, y en tal análisis hemos advertido justamente lo inestable de nuestro sistema de acciones colectivas, puesto que se advierte una gran discrecionalidad por parte de la judicatura.

Es cierto que el activismo judicial muchas veces ha funcionado como un efectivo garantizador de derechos constitucionales, pero también lo es que al haber un margen de apreciación tan amplio -originado en la ya señalada carencia regulatoria- se está siempre merced a que so pena del ejercicio discrecional del juez, se cercenen derechos que merecen ser tutelados.

Principales dificultades advertidas en el campo de la legitimación colectiva de sujetos (consumidores) vulnerables

Uno de los objetivos del presente era advertir cuáles eran las principales barreras en torno al acceso a la Jus-

ticia respecto de los grupos vulnerables, especialmente los consumidores, y como consecuencia de nuestro trabajo, hemos determinado que los principales problemas o dificultades por parte de los sujetos consumidores vulnerables para acceder a la Justicia, los encontramos en las siguientes realidades:

- Existencia de barreras para acceder a la Justicia (fundamentalmente basados en la burocratización de la Justicia, los tramites largos, complejos y/o laberínticos para el reconocimiento de derechos);

- Discrecionalidad a la hora de determinar la legitimación constitucionalmente reconocida basado en la ausencia de una regulación positiva, salvo en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como se destacara en el apartado anterior;

- Financiamiento de las asociaciones civiles. Al no haber un sistema eficiente de asignación de partidas para las asociaciones, éstas muchas veces se encuentran limitadas en su accionar.

- Reticencia de algunas autoridades públicas a brindar información sobre el tema. Advertimos que este tema incomoda a algunos agentes estatales que prefirieron no colaborar en absoluto con este trabajo y como consecuencia mayoritariamente las entrevistas personales fueron realizadas por actores que integran el mundo académico. Debería ser justamente lo contrario, visibilizar el tratamiento dado por cada organismo respecto del tratamiento brindado a los sujetos vulnerables, es un eslabón fundamental para que la ciudadanía tome conciencia de que sus derechos tienen una vía por la cual transitar hasta su concreción.

Conforme hemos podido ver a lo largo del proyecto de investigación realizado, con apoyo en doctrina, jurisprudencia y en el trabajo de campo que hemos llevado a cabo podemos concluir que se ha avanzado sustancialmente

en torno a la legitimación de los consumidores, como sujetos vulnerables, y la tendencia indica que esto se irá incrementando con el paso del tiempo.

No obstante, el estudio de la problemática propuesta al comienzo, nos abrió la puerta de otra cuestión tal vez más invisibilizada desde lo estrictamente formal como es el acceso a la Justicia de los grupos vulnerables en general y de los consumidores en particular. Decimos esto porque sin perjuicio de que la legitimación en sentido estricto no aparece hoy como uno de los principales inconvenientes para satisfacer el derecho a una tutela judicial efectiva, sí hay otros aspectos que determinan un verdadero obstáculo como son la falta de información de la ciudadanía en general, falta de difusión por parte de las autoridades respecto de los mecanismos colectivos de defensa del consumidor, la no implementación de herramientas como las *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad*⁸⁴ que indiscutiblemente forman parte de nuestro Derecho positivo, etc.

Asimismo y tal cual fue tenido en cuenta a la hora de comenzar este proyecto y destacado al comienzo de estas conclusiones, no existe una norma que responda a la mayoría de los interrogantes que se plantean a la hora de evaluar el acceso a la Justicia y las acciones colectivas. Tal carencia no es una potestad privativa de nuestro

84 Recuperado de <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/item/817-cien-reglas-de-brasilvia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito> 20 de mayo de 2022.

país, sino que globalmente es una materia en permanente proceso de normativización.

Desde España, Teresa ARMENTA DEU señala oportunamente que cualquier análisis de las acciones colectivas ofrece un auténtico mosaico de cuestiones procesales: jurisdicción, competencia, legitimación, cosa juzgada, costas, etc. Todas y cada una deben ser abordadas desde una nueva realidad jurídica, que sin embargo, adolece en cada uno de los casos, de una base normativa adecuada ⁸⁵.

En tal sentido hemos podido vislumbrar una correcta asimilación desde lo formal de los derechos de tercera generación en los precedentes judiciales, habiéndose superado importantes bastiones que operaron como verdaderos obstáculos al acceso a la Justicia como por ejemplo el alcance del beneficio de gratuidad consagrado en la Ley N° 24.240 ⁸⁶, o la exigencia de “representatividad adecuada” a las asociaciones que efectivamente fueron constituidas con el fin de proteger los derechos individuales y

85 ARMENTA DEU, Teresa, PEREIRA PUIGVERT, Silvia (coords.), *Acciones Colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 10.

86 Resuelto por la Corte Suprema de Justicia Nacional en el caso “ADDUC y otros c/AySA SA y otro s/proceso de conocimiento (CAF 17990/2012/1/RH1)” donde el tribunal estableció que el beneficio de Justicia gratuita contemplado en el art. 55 de la LDC comprende las costas del proceso y no debe limitarse a la tasa de justicia. En tal sentido, afirmó: “8°) Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcritos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 -que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240-, **el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso**”.

colectivos de los consumidores.

La característica central de los actuales reclamos colectivos demuestra que el acceso a la Justicia se da por numerosos derechos vulnerados a grandes grupos sociales que en muchos casos pese a la vigencia de leyes ven demorados o negados sus derechos... Visibilizar el acceso a la Justicia y sus derivados es un modo de acercar a los sectores populares en nuestra región una solución digna a la resolución de sus reclamos en sus variadas modalidades y realidades ⁸⁷.

Líneas de mejora

Como fruto de nuestro estudio, y acorde al objetivo de proponer líneas de mejora que tiendan a garantizar el acceso a la Justicia de los consumidores -como sujetos vulnerables-. Que la tutela judicial efectiva no sea sólo formal sino que concretice el real aseguramiento de los derechos del consumidor, llevando de esta forma tranquilidad y dignidad a la población, encontramos útil señalar las siguientes líneas de mejora y algunas alternativas que merecen ser exploradas y desarrolladas con el tiempo.

1. “Hospital de Derechos de la Argentina”: es una novedosa alternativa donde se atienden prácticamente todos los problemas legales en el lugar, para evitar que las personas más vulnerables deban ir de un lugar a otro para resolverlos. Esta institución, ubicada en el barrio

87 REYNAGA, Juan Carlos, *El acceso a la justicia en el derecho procesal constitucional*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2021, p. 31.

de Balvanera -punto de confluencia entre Gran Buenos Aires y CABA-, es un espacio orientado a la búsqueda de soluciones integrales y de convergencia entre las distintas agencias que brindan servicios de este tipo ⁸⁸. Bien podría replicarse el modelo a nivel provincial.

2. Aplicación de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Toda vez que sin perjuicio de no aceptar el carácter de “consumidor” como vulnerable el mentado instrumento internacional, una correcta hermenéutica de las reglas, su objeto y la normativa nacional llevan a incluir al consumidor como sujeto a tutelar por estas reglas tal cual quedó explicitado en el presente estudio.

3. Asesoramiento gratuito y de calidad. El acceso a la Justicia comprende distintas aristas que abarcan: la difusión de información necesaria, la gestión de políticas públicas acordes, la promoción de herramientas prácticas para que los operadores de los procesos jurídicos puedan llevar adelante la labor. Uno de los aspectos esenciales tiene que ver con el asesoramiento y defensa técnica y gratuita de quienes procuran acceder a la Administración de Justicia ⁸⁹.

4. Refuerzo de la mirada positiva respecto de la economía procesal de las acciones colectivas.

⁸⁸ Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/caj/hospital-de-derechos> el 20 de mayo de 2022.

⁸⁹ REYNAGA, Juan Carlos, *El acceso a la Justicia en el Derecho Procesal Constitucional*, p. 133.

En tal sentido es menester no perder de vista e incluso incrementar la difusión de uno de los aspectos más positivos del uso de los procesos colectivos. El tratamiento en clave colectiva produce un gran beneficio para la sociedad en general ya que permite disminuir drásticamente las externalidades indeseadas que produce el tratamiento atomizado de conflictos generados por una vulneración masiva de derechos individuales...por tal motivo, teniendo en cuenta que los recursos del erario nunca son suficientes para atender todas las necesidades de la población y que el costo de obtener una respuesta judicial es significativo, resulta evidente que debemos extremar esfuerzos por invertir el presupuesto del sistema de Justicia de la manera más eficiente posible ⁹⁰.

5. Rol del Juez y el control de los presupuestos para ejercer la acción. No puede constituirse un sistema óptimo de acciones colectivas sin conferir mayores facultades al juez, exigencia no obstante difícil de armonizar en un proceso civil con el principio dispositivo. En primer término el juez debería realizar el control preliminar acerca de la concurrencia de los presupuestos para ejercer una acción colectiva y que obviamente deberían regularse de modo expreso (principalmente la impracticabilidad del litisconsorcio, la adecuada representatividad, y de la homogeneidad o presencia de intereses comunes) ⁹¹.

90 VERBIC, Francisco, *Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, p.107.

91 ORTEGO PÉREZ, Francisco, “Las acciones colectivas en la ley de enjuiciamiento civil: propuestas de lege ferenda” en

6. Aumento de fondos para las asociaciones de defensa del consumidor. Está comprobado estadísticamente que la enorme mayoría de acciones colectivas instauradas en defensa de los derechos de los consumidores son motorizadas por asociaciones de defensa del consumidor, lo cual evidencia que si no se incrementan los fondos -magros o inexistentes- que reciben mal podrán incrementar su función de asesoramiento y representación legal determinando un menoscabo al acceso real a la Justicia por parte de este grupo vulnerable. Abogamos por dotar de mayor previsibilidad y transparencia en la asignación de fondos por parte de la Autoridad de Aplicación.

7. Mediación en los procesos colectivos de consumo: Instituto completamente inexplorado en nuestro ámbito, ha merecido tratamiento legislativo en regiones donde las acciones de clase se encuentran largamente afinadas. Así, en la Unión Europea, en el *Libro Verde* sobre acciones colectivas de los consumidores de 2008, se planteó si la solución consensual colectiva de conflictos debía ser una fase obligatoria en los asuntos judiciales de indemnizaciones colectivas, esto es si podía convertirse en un requisito legal previo a la acción judicial; a este respecto el Parlamento Europeo en su resolución “hacia un planteamiento coherente del recurso colectivo” del 2 de febrero de 2012 propuso que el juez que realice el control previo de admisibilidad de una demanda colectiva goce también de la facultad de ordenar a las partes el intento

ARMENTA DEU, Teresa, PEREIRA PUIGVERT, Silvia (coords.), *Acciones Colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, p. 148.

de alcanzar una solución consensuada de la controversia colectiva antes de presentar la demanda, sin embargo, también dejó claro que estos mecanismos deben seguir siendo vía alternativa a la jurisdicción y no un requisito previo de acceso ⁹².

Sin dudas merece la pena el desarrollo de este instituto puesto que la realidad indica que el modelo *judicialista* de tutela de derechos es en algunos casos insuficiente. Muchas veces se torna un proceso lento y ello provoca que una justicia demorada sea una justicia denegada ⁹³.

8. Protocolo para sujetos hipervulnerables en las Oficinas de Defensa del Consumidor:

Esta experiencia recogida en la entrevista con la Dirección Provincial de Defensa del consumidor de la Provincia de Buenos Aires, por medio de la cual se presta especial atención de reclamos de sujetos en especial situación de vulnerabilidad (hipervulnerabilidad) a fin de agilizar el procedimiento y brindar una especial atención a sus reclamos, agravando al propio tiempo la sanción en caso de falta de acuerdo y solución a los mismos, es una línea que sin dudas debe ser explorada y profundizada a lo largo y ancho del país.

92 CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “El procedimiento de mediación en acciones colectivas”, en ARMENTA DEU, Teresa, PEREIRA PUIGVERT, Silvia (coords.), *Acciones Colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, p. 396.

93 TARUFFO, M., “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, Doa, Cuadernos de Filosofía del Derecho número 22, 1999, pp. 315 y ss.

Bibliografía

ARMENTA DEU, Teresa, PEREIRA PUIGVERT, Silvia (coords.), *Acciones Colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

COROMINAS BACH, Sergi, *Procesos colectivos y legitimación: un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, (España), 2018.

GIANNINI, Leandro J. y VERBIC, Francisco, *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino*, Rubinzal-Culzoni, 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, 2017.

REYNAGA, Juan Carlos, *El acceso a la Justicia en el Derecho Procesal Constitucional*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2021, p. 31.

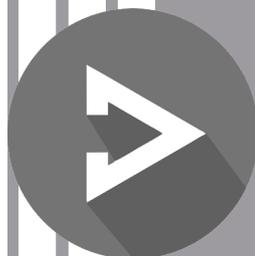
OTEIZA, Eduardo, *Procesos Colectivos*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2006.

VERBIC Francisco, *Introducción a los procesos colectivos y acciones de clase*, Editores del Sur, 2021.

WAJNTRAUB, Javier. H., *Justicia del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni. 2014.

WAJNTRAUB, Javier. H., *Régimen Jurídico del Consumidor. Comentario*, Rubinzal-Culzoni, 2017.

**Trabajos del
Quinto
Concurso de
Artículos de
Divulgación
Científica
UDE - 2023**



Publicación de los trabajos del cuarto Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2023

Durante el año 2023, gracias al fuerte apoyo institucional de la Universidad del Este se realizó la convocatoria al cuarto Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE 2023, a la cual acudieron números profesores y miembros de la comunidad académica en general presentando trabajos inéditos que fueron evaluados por el Jurado mediante un sistema de “doble ciego”, por el que los autores presentaron sus trabajos bajo seudónimo y una vez concluida la evaluación y recién pudieron conocerse los autores de cada trabajo y el seudónimo utilizado para su realización.

Los trabajos presentados al concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2023 fueron:

Teatralidad y Derecho. Una reflexión sobre los puntos en común entre el teatro y el proceso judicial

Por Gonzalo ALBA

Aclaraciones previas

En el presente artículo consiste en realizar un entrecruce entre los dos mundos que completan mi agenda por estos días: el teatral y el jurídico. Más precisamente: el del teatro, y el del ejercicio de la profesión de abogado, desde la faz “privada” o “litigante”. Vale aclarar (nobleza obliga), que las relaciones trazadas no son excluyentes, y admiten nuevas formas de ser pensadas, dado que el tema se encuentra en constante crecimiento a raíz del desarrollo cada vez mayor de la oralidad en nuestros sistemas procesales regionales.

Aclarado lo fundamental, vale decir que algunas de las principales vinculaciones que pueden trazarse entre ambas disciplinas -la jurídica y la teatral-, consisten en las siguientes tres:

1. Desde la **perspectiva del trabajo del actor** en lo relativo a cuerpo y mente, enlazada con la necesidad del **abogado litigante** de formarse y capacitarse en oralidad y uso del aparato psicofísico para la labor.

2. Desde la mirada que pueda implementar un **director teatral**, sobre la propuesta estética para un espectáculo teatral, la ubicación y acciones de los actuantes y el vestuario, en consonancia con el análisis de la disposición de los espacios en una sala de audiencias impuesta por el **Poder Judicial** y los diferentes roles que en oportuni-

dad de alguna audiencia serán desempeñados por cada una de las partes, con sus respectivos rituales, modismos y formalidades.

3. Desde el análisis de los diferentes **textos teatrales clásicos** que vinculan y conflictúan, como en el caso de Antígona (SÓFOCLES), la ley divina con la ley humana; o en las tragedias de SHAKESPEARE, donde pueden encontrarse los -vigentes- problemas sobre el uso y abuso del poder, la ambición, la traición, la muerte y el amor, tan presentes en la **regulación normativa, prácticas judiciales y en los casos reales y concretos** con los que nos sumergimos a trabajar en nuestro oficio cotidiano los abogados y abogadas penalistas.

Se podría seguir tejiendo redes y paralelismos entre ambos universos, pero preferí detenerme en estos tres ejemplos, que me parecen los principales, y que son los que dan alimento al artículo que nos convoca que, vale adelantar, versará en lo sustancial sobre el punto 2, más precisamente, en el concepto de teatralidad elaborado por CORNAGO (2005) y el enlace con nuestra actual Administración de Justicia.

Introducción

Para comenzar, conviene hacerlo por el principio, entendiéndolo como aquel apoyo sustancial sobre el que versará el presente artículo. Quiero decir, su columna vertebral. Es aquí donde se propone un breve esbozo sobre los conceptos elementales para poder comprender acabadamente el núcleo de la cuestión, que será tratado a continuación al momento de sumergirnos en el viaje propuesto.

Luego, para finalizar, se esbozarán algunas reflexiones que puedan habilitar una instancia de introspección

y cuestionamientos para que la audiencia lectora pueda ampliar el espectro de la mirada sobre el ejercicio cotidiano de nuestra labor, y el vínculo de ello con la teatralidad y las diferentes significaciones que, a partir de su impronta, puede dársele a nuestro oficio.

Vale aclarar que no se necesitan conocimientos previos en teatro o dramaturgia para comprender la exposición. Mucho menos se requerirá conocer obras clásicas del mundo del teatro, más allá de que muchos de los textos clásicos de SHAKESPEARE, MOLIÈRE, SÓFOCLES, etc. puedan ser conocidos -en mayor o menor medida- por la audiencia.

Desarrollo del tema

Como se ha mencionado anteriormente, conviene, antes de continuar, precisar algunos conceptos elementales que serán utilizados en la presente, asumiendo que si bien puedan ser conocidos por el público oyente, no sobreabunda en este caso, una pequeña referencia inicial que dé un marco más preciso para los abordajes a realizar.

Damos por satisfecha la necesidad de definir los conceptos ligados al mundo de lo jurídico, tales como: audiencia, juez, jurado, litigantes. Éstos se presumirán conocidos por los oyentes, refiriéndose a los mismos desde la faz práctica, no ingresando en esta oportunidad a deconstruirlos.

Entenderemos por *teatral* todo aquello que se encuentra ligado al teatro y al juego escénico, sin perder de vista que también se liga lo teatral a lo “poco natural”, a lo impostado, a lo que no demuestra verdad, entendida ésta como el reflejo de la vida diaria (PAVIS, 1998).

Vale aclarar que lo antedicho siempre debe ser tomado en cuenta desde lo conceptual y que, lógicamente,

admite matices, dado que cada obra de teatro guarda en sí misma una poética particular. Con *poética*, nos referimos a la estructura, efecto y sentido de un relato, y que varía en función del texto teatral elegido, la propuesta de dirección, y los demás elementos que rodean a la puesta en escena.

Ahora bien, retomando con lo planteado como objeto de la ponencia, es necesario precisar específicamente qué vinculaciones se pueden desprender del ritual o puesta en escena que se encuentran presentes tanto en el teatro como en las audiencias de nuestra labor cotidiana, en donde utilizaremos el juicio oral como ejemplo concreto para apoyar la hipótesis del hablante.

Lo primero que vale destacar es que tanto el teatro, como la Administración de Justicia, se valen de la ritualización, y el juego de los diferentes roles, para el logro de sus fines. Lo que en una obra de teatro advertimos como el movimiento de los actores y la forma de manifestar sus parlamentos, lo podemos ver en un juicio oral, con las declaraciones de los testigos, los alegatos y preguntas de los litigantes, y las diferentes instrucciones del juez.

El Derecho, tanto como facultad, cuanto por disciplina, aparece como un gran tablero de juego que tipifica un sinnúmero de actuaciones, llámese procedimientos, que deben actuarse para que tengan lugar en la realidad ².

Lógicamente viene una objeción esperable: *en el teatro todo es falso, y en los juicios orales no, sino que, todo lo contrario, lo que se busca es obtener la verdad*. Lo antes mencionado, que no es menor, conduce a otro problema que escapa del objeto de la presente ponencia, y es lo relativo a definir cuál es el fin del proceso penal. O, mejor dicho, cuál es la verdad que se persigue en el proceso penal. Pero no nos detendremos en este punto ahora porque será tratado más adelante. Volvamos al ritual.

Toda ceremonia o ritual se constituye en base a una serie de pasos que, de forma implícita o explícita, se encuentran presentes. En el caso de una obra de teatro, el primer pacto es que el público acuda a la sala, y tome su lugar; en el caso de los juicios, si bien también es aplicable lo del público, además, existe un pequeño guión inicial para dar comienzo al rito, y es el establecido en el artículo 354 del CPPBA³ en donde, básicamente, el juez da inicio al encuentro, constatando la presencia de las partes, y dando la palabra al agente fiscal y luego a la defensa, para que oportunamente comiencen con sus exposiciones orales iniciales de acusación y defensa. Señala SÁEZ (2021) en su artículo “La actuación en el Derecho” que: “(...) la ley funciona como la dramaturgia de los actos que diversos actores pueden o, en su defecto deben, actuar en el nombre de la ley, aun sin estar necesariamente prevenidos de encontrarse ‘Ante la ley’. Así, la ley es una dramaturgia que intitula, denomina, crea, inicia y termina”.

En este primer punto, vale traer a colación el primer elemento de la teatralidad (CORNAGO, 2005), esto es: **la mirada del otro**, en donde todo lo que ocurre tiene sentido a partir de un tercero que observa lo que ocurre.

Sin mirada de un tercero, no hay evento posible ni sentido de ritual. Desde lo jurídico, esta mirada tanto del público como de las partes se enlaza directamente con las garantías del imputado y las mandas de nuestra Constitución Nacional en lo relativo a la publicidad de los actos de gobierno y el derecho de defensa en juicio (Arts. 1 y 18 de la CN).

El Derecho requiere de la teatralidad para existir, desarrollarse y operar en el mundo, performándola a su modo, un modo que nunca deja de recordar su procedencia, en tanto por teatro se entienda una práctica relacio-

nada a la representación, la actuación y la espectacularidad (SÁEZ, 2021).

Siguiendo a CORNAGO (2005), la segunda característica del hecho teatral es que se trata de algo **procesual**, que sólo tiene realidad mientras está funcionando. Aquí claramente se advierte otra vinculación directa con el juicio como situación jurídica, dado que los pasos deben ser continuos, ininterrumpidos y verificables, sin posibilidad de ocultamiento a los sentidos del imputado y de control por parte de los intervinientes, dado que allí tendrá lugar la reconstrucción del hecho que motiva la acusación y eventual condena o absolución.

Hasta este punto, he empleado la metáfora del Derecho como una construcción. Esta perspectiva tiene como objetivo resaltar la naturaleza ficticia del Derecho, más allá de las ficciones jurídicas discutidas por teóricos del Derecho como Alf ROSS, Hans KELSEN, Lon L. FULLER, entre otros. En este enfoque, la ficción en el Derecho se forja a través de lo que denominamos “teatralidad”.

El término “teatralidad” se utiliza para describir un proceso que crea una forma de ficción mediante las herramientas teatrales, como la representación, la espectacularidad, la acción y la definición del espacio en relación con estas herramientas, entre otros elementos.

En otras palabras, la teatralidad representa una conexión profunda entre lo que el espectador experimenta al observar una obra, el modelo de mundo que se propone como ficción y el modelo de mundo que se percibe como la realidad. Este último puede ser traspasado por el primero, que tiene el poder de alterar la codificación de estos modelos a través de la imitación, cambiando así la forma en que se construye el significado. Esta idea resulta particularmente interesante, ya que sugiere que tanto el teatro como el Derecho tienen la capacidad de realizar

actos de transgresión que modifican la representación de los modelos del mundo, tanto en la ficción como en la realidad. Más precisamente en el plano de los juicios orales, en donde lo que se ve no es el hecho materia de juzgamiento, sino su representación a partir de la reconstrucción de los diferentes medios de prueba que supieron recolectar aquellos intervinientes en la fase de investigación.

El tercer elemento constituyente de la teatralidad esbozado por CORNAGO (2005) es el fenómeno de la **representación**, es decir, la dinámica de engaño o fingimiento que se va a desarrollar: **el actor interpretando el personaje**.

En el ámbito del juicio oral, hablaremos de que esto tiene lugar en los roles de las partes, con sus preguntas, alegatos, objeciones. Pero también en lo relativo a la intervención de peritos y testigos, que tienen reglas y procedimientos para actuar, de las cuales no podrán correrse ante la celosa mirada de los litigantes y juzgadores.

Otra objeción esperable en base a lo antes dicho: *la utilización de las expresiones de engaño o fingimiento para referir al rol de los intervinientes en un juicio oral*.

Aquí conviene detenerse un instante, para pensar en dichos conceptos de una forma no lineal y cerrada puramente al concepto sustantivo, sino que todo lo contrario, deben ser vistos e interpretados desde lo formal de su intervención, entendiendo que los planteos de las partes, tienen que ver con la estructura de su propia teoría del caso, siendo ésta el esquema que rige la forma de proceder en el juicio, y que, lógicamente, se encuentra atado al rol que deben ocupar. Me explico.

Para comprender el núcleo de la cuestión, conviene realizar una pequeña reflexión en lo ligado a la verdad, más precisamente la verdad en el proceso penal, tal como

se ha referido párrafos atrás.

Si se adopta un criterio duro y pétreo para definir la verdad, no se explicaría de qué manera pueden la acusación y la defensa coexistir en una misma sala, dado que -insisto, si se lo mira de forma cerrada- alguno de los dos miente. Y no, ninguna de las dos partes (fiscalía y defensa) miente, sino que, en función de su rol y su teoría del caso, expondrán “su verdad” e intentaran persuadir al juzgador (sea jurado popular o juez técnico) para que la adopte como “la verdad”.

El Derecho no sólo interpreta un papel más en la sociedad del espectáculo, consolidándose como superestructura a través de símbolos, acciones y procedimientos teatrales; sino que además actúa como si no lo hiciera, es decir, que utiliza todos los medios del teatro para existir al mismo tiempo que esconde su ficcionalidad. Comodiría Erving GOFFMAN, “utiliza una fachada social que tiende a la institucionalización para adoptar una significación específica”, que determina cuál ha de ser el comportamiento que debe tener en tanto rol y modelo de realidad, a través de mecanismos propios del teatro y, por tanto, de la ficción ⁴.

Hasta aquí, y siempre con las precauciones que se hacen necesarias para darle coherencia y respeto a nuestras instituciones, vale concluir que el juicio oral es, lisa y llanamente, un espectáculo. Y así lo ha señalado una de las autoras más citadas en la presente ponencia, Alejandra SÁEZ: “(...) De ahí que cada juicio puede convertirse en un verdadero y singular espectáculo. Por otro lado, un juicio oral emplea la representación como mecanismo, es decir, sucede gracias a los roles que los abogados ejercen en representación de los litigantes, facultados mediante un juramento, además de un patrocinio de poder que los legaliza a actuar ante tribunales, así como jueces queen-

carnan la justicia. Además, todo juicio ejerce el Principio de inmediatez, que se refiere a la necesidad de parte de los jueces de recoger el estado, el ánimo y la veracidad de los intervinientes al momento del juicio, con el fin de aplicarla norma habiendo percibido las vicisitudes del caso. También se encuentra el Principio de publicidad o Proceso público, es decir, la concurrencia a los actos procesales por agentes diversos de los que están directamente involucrados en el juicio, lo que hace de la práctica jurídica un espacio para la representación y la espectacularidad, elementos fundacionales del teatro”⁵.

Párrafo aparte merecería el análisis de lo relativo al vestuario y diferentes signos afines (como por ej. la escenografía) que tendrán su lugar de relevancia tanto en una obra de teatro como en un juicio oral. Pero, necesariamente cabe poner aquí el punto final, dado que por el tiempo que ocupará la exposición, y la pretensión de profundidad de este ponente, le hace un mayor mérito a la honestidad intelectual, profundizar sobre los tópicos antes mencionados que seguir abriendo temas.

Conclusiones

En conclusión, la correlación que hemos explorado revela que el Derecho -y la Administración de Justicia-, hábil en su desempeño como si fuera ajeno al teatro, en realidad está profundamente arraigado en la teatralidad. Este fenómeno se debe a su capacidad de representar la justicia, utilizar el cuerpo como una expresión tangible de sus acciones, crear diálogos, llevar a cabo montajes y generar espectáculo.

En este contexto, el Derecho se posiciona como un elemento determinante que influye en todo lo que se inscribe en la dicotomía entre realidad y ficción, independien-

temente de si se ubica en una categoría o en otra, incluso si emplea procedimientos similares. Ya sea que se trate de la vida, catalogada como “realidad”, o de las artes, la literatura y el teatro, categorizados como “ficción”, la actuación del Derecho interviene en la negociación entre lo que se considera real y lo que se define como ficticio, a través del uso de un marco teatral que difumina los límites entre ambas esferas. Así, la teatralidad es una forma de ficción únicamente en virtud de las características que no comparte con “lo real”.

En resumen, tanto el teatro como el Derecho emplean procedimientos similares. Ambos se sumergen en la espectacularidad, la representación, la actuación, y repiten la comparecencia ante una audiencia. Comparten también una estructura dialéctica para llevar adelante sus fines.

Esta conexión intrínseca entre el teatro y el Derecho arroja luz sobre cómo ambos campos se influyen mutuamente y cómo la teatralidad desempeña un papel esencial en la representación y percepción de la Justicia en nuestra sociedad.

Bibliografía

CORNAGO, Óscar, “¿Qué es la teatralidad? Paradigmas estéticos de la Modernidad”, Telondefondo. Revista de Teoría y Crítica Teatral. Año I, Nro. 1, Agosto 2005. <http://www.telondefondo.org/numeros-anteriores/numero1/articulo/2/que-es-la-teatralidad-paradigmas-esteticos-de-la-modernidad.htm>.

PAVIS, Patrice, *Diccionario del teatro*. Traducción de Jaume MELENDRES, Ediciones Paidós Américas 1998. <https://marisabelcontreras.files.wordpress.com/2015/03/diccionario-del-teatro.pdf>.



SÁEZ, Alejandra, *La actuación en el Derecho*, Acta Poética, 2021, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ley 11.922.

<http://www.saij.gob.ar/11922-local-buenos-aires-codigo-procesal-penal-provincia-buenosaires-lpb0011922-1996-12-18/123456789-0abc-defg-229-1100bvorpyel>.

Constitución de la Nación Argentina. <http://www.saij.gob.ar/0-nacional-constitucion-nacion-argentina-lns0002665-1994-08-22/123456789-0abc-defg-g5662000scanyel>.

Abstención a la hora de votar

Por Victoria GISVERT

Al adquirir la calidad de socio en una sociedad, cualquiera sea su tipo, tanto las personas humanas como las personas jurídicas obtienen una serie de derechos económicos, políticos, de información y de control.

Entre los derechos políticos, cabe mencionar:

- 1) Derecho de voto
- 2) Tratamiento en forma uniforme
- 3) Derecho a la información.

Puntualmente, “el derecho a votar es uno de los derechos que hace a la esencia de la calidad de socio. Se manifiesta concretamente en el órgano de administración y de fiscalización, para participar en la deliberación y en la resolución de cada uno de los puntos del orden del día de las asambleas o de las reuniones de socios. Es un derecho que permite con su ejercicio, participar en la formación de la voluntad social del ente” (MC INERNY, Patricio Tomás, *Ley General de Sociedades N° 19.550 comentada*, 1ª edición 1ª reimpresión, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017).

Asimismo, cabe resaltar que el derecho de voto resulta indivisible. Se deje ejercer en la asamblea o reunión de socios, a viva voz e individualizando la votación del socio.

Finalmente, se encuentra prohibido el voto por correspondencia conforme lo preceptuado por los artículos 238 y 239 de la Ley N° 19.550 como así también el voto secreto en concordancia con lo establecido por los artículos 248 y 254 de la citada norma.

Ahora bien, el socio que concurre a una asamblea o reunión de socios puede votar de forma afirmativa o por

la negativa en cada decisión social que se ponga a consideración. Pero también puede abstenerse de votar, es decir, no votar.

Este hecho en sí genera controversias en la doctrina acerca de cómo se computa la abstención para determinar las mayorías.

Posturas encontradas

La Ley de Sociedades omite explicitar los efectos que producen las abstenciones en las votaciones, por parte de uno o más socios presentes en las asambleas, a los efectos del cómputo de las mayorías.

Surgen distintas interpretaciones. Una de ellas consiste en prescindir de los votos obtenidos como si hubieran estado ausentes.

Pero la ley habla de votos “que puedan emitirse”, por lo que las abstenciones deben ser computadas.

En congruencia con la norma, otra postura los computa como votos negativos. Si para una resolución se necesita la mayoría absoluta de votos presentes, “que puedan emitirse”, el cálculo debe efectuarse estableciendo la proporción entre los afirmativos y los presentes, incluyéndose en éstos a los abstenidos.

Por último, se los considera como votos presentes, pero sin atribuirles el carácter de negativos por entender que la abstención significa privarse voluntariamente de opinar.

En efecto, la doctrina mayoritaria representada por ZALDÍVAR, HALPERÍN, FARINA y ALEGRÍA entre otros, considera que el voto de abstención voluntario se debe computar como voto negativo porque para alcanzar la mayoría sólo se tienen en cuenta los votos emitidos en forma positiva.

En cambio, la doctrina minoritaria encabezada por MASCHERONI y VERÓN, a la que Mc INERNY adhiere, considera que el voto de abstención voluntario debe restarse del cómputo para determinar las mayorías, porque no es un voto ni a favor ni en contra, ya que el socio abstenido no quiso participar en la votación respectiva.

Por otro lado, se debe diferenciar la abstención voluntaria de la abstención obligatoria que surge del artículo 241 de la Ley General de Sociedades que consagra la prohibición que tienen los directores de votar sobre la gestión, responsabilidad y remoción. En este supuesto, el legislador obliga a restar del cómputo de las mayorías, los votos correspondientes a las abstenciones forzosas.

Lo resuelto por la jurisprudencia

En los autos caratulados “Castro, Francisco V. c. Altos de Los Polvorines S.A.”, la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 30 de junio de 1999 centró su atención en el derecho de voto del accionista, y en la facultad que éste tiene de votar en uno u otro sentidoposibles, y también de no votar.

En esa línea, el Dr. Cuartero sostuvo que el voto abstenido no apoya a la mayoría ni a la minoría, pero sí dificulta la obtención de la mayoría.

Asimismo, hace hincapié sobre la “indiferencia” del asistente a la asamblea que se abstiene de votar, entendiendo que no es en realidad indiferente: “quien no quiere comprometerse con la mayoría ni con la minoría, se compromete en verdad en contra de la mayoría, cuya obtención dificulta”.

En ese marco, sienta su adhesión a la tesis mayoritaria existente en la materia y juzga que las acciones del asistente a una asamblea que se abstiene de votar sobre

algún o algunos puntos del orden del día, deben computarse en la base del cálculo de la mayoría necesaria para la formación de la voluntad del órgano de gobierno de la sociedad.

En efecto, el voto abstenido no aumenta el número de votos negativos, sino que la acción de quien concurre a la asamblea y se abstiene de votar, incrementa la base del cálculo de la mayoría.

A mayor abundamiento, cita a SASOT BETES y SASOT: “El voto abstenido constituye una verdadera antinomia jurídica, pues si de un lado se acepta que el voto es concedido al accionista para que participe como socio, en la toma de decisiones que hacen al funcionamiento y actuación de la sociedad, o para oponerse a las decisiones que considere contrarias a la consecución del objeto social, no puede paralelamente admitirse como válido que deje de cumplir aquel fin, particularmente cuando al concurrir a la asamblea hace gravitar las acciones de que es poseedor a los efectos del *quorum* requerido para dar por constituida la asamblea, dando así legalidad integrativa al acto asambleario” (SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas - Las asambleas*, 1978, Ábaco, p. 267).

Finalmente, sostiene que “es indiscutible que el socio que se abstiene de votar no vota; de tal modo, lo razonable sería que ese ‘no voto’ no tuviese significado alguno. Mas ese socio que no vota, concurre a la asamblea, de modo que es enteramente razonable que su concurrencia produzca la inclusión de sus acciones en la base de cálculo de la mayoría, y su abstención de voto no forme parte de la mayoría ni de la minoría. De tal manera, la aparente racionalidad de la posición doctrinaria minoritaria en la materia no es tanta, porque quien concurre y no vota no expone una clara e inequívoca actitud psíquica de indiferencia: el verdaderamente indiferente no asiste a la

asamblea”.

En otro decisorio interesante respecto a la materia en análisis, en autoscaratulados “Eleta Francisco Antonio y otros c/Imágenes Diagnósticas y Tratamiento Médico S.A. y otros s/ordinario”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 12 de agosto de 2020, resolvió que “el interés extrasocial que debe portar el socio para quedar incurso en la obligación de abstenerse de votar debe ser tal que exhiba una verdadera contraposición con el interés social, a tenor de la cual el voto pronunciado por aquél sea susceptible de producir un daño a los demás socios y a la sociedad”. No basta con que el socio tenga otro interés, además del social, para quedar incurso en la obligación de abstenerse de votar que impone el art. 248 de la Ley N° 19.550, ya que, como surge del texto de la citada norma el interés extrasocial que debe portar el socio para quedar allí incluido, debe ser tal que exhiba una verdadera contraposición con el interés social, a tenor de la cual el voto pronunciado en esas condiciones sea susceptible de producir un daño a los demás socios o a la sociedad.

A mayor abundamiento, los sumarios elaborados por el Dr. Ricardo A. Nissen, establecen lo siguiente:

- Dos son los intereses del socio que la cuestión del “interés contrario” impone distinguir: a) el interés suyo que se encuentra en conflicto con el social porque sólo puede ser alcanzado a costa de éste; y b) el interés del socio que es homogéneo o solidario con dicho interés social, porque con él se identifica sin desmerecerlo, aunque pueda necesitarlo, esto es, depender en su realización de la adopción de una decisión social con determinado contenido. El art. 248 de la Ley N° 19.550 sólo se ocupa del primero: lo prohibido no es tener doble interés, ni interés concurrente, sino sacrificar el interés social para hacer prevalecer

ese otro interés que se tiene.

- El “voto vedado” por el art. 248 LGS es el interés personal que se encuentra en conflicto con el social, y ello se infiere del texto expreso de la norma, en cuanto prohíbe el voto del accionista que tenga “...un interés contrario al de la sociedad...”, lo cual importa tanto como exigir que sea opuesto o incompatible, al mismo tiempo, descartar la prohibición cuando se tiene un interés paralelo que se presenta inocuo frente al social.

- El principio mayoritario sobre el cual funciona la estructura social tiene un límite: ninguna mayoría, por más elevada que fuera, podría válidamente postergar el interés social implícito en la finalidad común en la que tal causa consiste, cual es la de obtener beneficios y compartirlos.

- Tan importante es el “interés social”, que sirve nada más ni nada menos que para determinar si la estructura creada para “hacer andar” a la sociedad se ha ajustado o no al contrato del cual emana y a cuya finalidad debe servir.

- El interés social, por ende, no debe ser confundido con el de la sociedad, ni con el de ningún otro sujeto predeterminado, ya que se trata de un interés que no tiene un titular unívoco, y no lo tiene porque es un concepto jurídico que no remite a la posición personal de nadie en particular, sino que se extrae de la relación de ese “alguien” con una causa: con la causa fin del negocio societario, de modo que la legitimación para reclamarlo la tendrá quien sea portador de un derecho que, vinculado con esa causa fin, haya sido vulnerado.

- El argumento del “conflicto de intereses” no puede ser invocado para privar al accionista de su derecho de voto en forma permanente, salvo, claro está, en los casos previstos en el art. 241 LGS, que regula los únicos

supuestos de “conurrencia de intereses” en esta materia que imponen abstención, de lo que se infiere que, en los demás, se encuentra habilitada la votación.

- Si el legislador no prohibió el voto en otros supuestos diferentes al previsto en el art. 241 LGS fue porque no “presumió” el conflicto, lo cual no obstaría a que, si se diera el caso y ese conflicto fuera demostrado, el accionista sí pudiera ser privado del voto por aplicación del art. 248 de la misma norma.

- Efectos de la abstención

Si bien a los fines del cómputo, para la mayor parte de la doctrina, la abstención vale como voto en contra, deben distinguirse ciertos efectos.

- Los que se abstuvieron carecen del derecho de recesso que sí pueden ejercitar los ausentes y los que votaron en contra.

- En cuanto a la responsabilidad de los directores y gerentes de la sociedad, para oponerse expresamente a su extinción debe votarse en contra, siendo insuficiente el voto abstenido.

- La impugnación de la decisión asamblearia podrán ejercerla tanto el oponente como el que se abstuvo de votar.

- Derecho de recesso

Los que se abstuvieron carecen del derecho de recesso que sí pueden ejercitar los ausentes y los que votaron en contra.

El derecho de recesso es “la facultad del socio de retirarse del ente social en caso de estar disconforme con decisiones de la asamblea que implican alterar sustancialmente las bases esenciales tenidas en cuenta al ingresar, o al constituir la sociedad” (ZUNINO, J. O., *Régimen de*

Sociedades Comerciales, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016).

El ejercicio de este derecho importa que el socio deja su condición de tal para transformarse en acreedor de la sociedad (una vez que se efectivice la transformación de la sociedad) por el valor de reembolso de sus acciones.

El fundamento de este instituto radica en equilibrar el derecho de la sociedad de “efectuar modificaciones esenciales a su estatuto para adecuarlo a las nuevas exigencias de tipo económico, financiero, comercial, tecnológico, etc. que pueda plantearle la realidad” (ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011) y el de los socios minoritarios de que se respeten aquellos aspectos esenciales que fueron considerados por ellos al decidir ingresar a la sociedad.

Así, el ejercicio de este derecho “implica un acto jurídico unilateral y una manifestación recepticia de la voluntad” según ROITMAN.

Esto quiere decir que para su perfeccionamiento sólo se necesita de la voluntad del socio recedente y la puesta en conocimiento por parte de la sociedad.

Por su parte, en su artículo 245, la Ley General de Sociedades dispone que “es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio”, ya que se trata, como plantea ROITMAN, de “un derecho individual, intangible e irrenunciable anticipadamente”. En esa línea, el artículo 78 LGS dispone quienes son los titulares del derecho de receso, planteando dos situaciones:

- Socios ausentes, es decir, en palabras de ROITMAN “aquellos que habiendo sido debidamente citados a la toma de decisión y estando en conocimiento del orden del

día, no concurrieron o asistieron y se retiraron antes de la votación”.

- Socios que votaron en contra: aquellos que han votado de manera desfavorable ante la iniciativa de transformación.

Vale aclarar que, en el caso de la S.R.L., sólo los socios que votaron en contra de la transformación podrán ejercer el derecho de receso (art. 160 LGS).

En cambio, en la S.A. los accionistas que votaron en contra de la transformación y los ausentes en la asamblea que decidió, tendrán el derecho de receso (art. 245 LGS).

Finalmente, no se encuentran legitimados para ejercer el derecho de receso:

a) aquellos socios o accionistas que hayan votado favorablemente la resolución de transformación,

b) los mandatarios de los accionistas que estuvieron presentes en el acto asambleario, ya que receder importa un acto jurídico que excede el marco de votar por la afirmativa o por la negativa sobre los puntos del orden del día,

c) los titulares de acciones preferidas sin derecho a voto,

d) los accionistas morosos por el porcentaje de acciones sin integrar,

e) y los que se hayan abstenido de votar, al momento de tomar la decisión.

Ahora bien, si nos encontramos del lado de la doctrina que entiende que el voto de abstención voluntario se debe computar como voto negativo porque para alcanzar la mayoría sólo se tienen en cuenta los votos emitidos en forma positiva, debería entonces el socio que se abstuvo de votar, encontrarse legitimado para ejercer el derecho de receso, ya que este socio o accionista no contribuyó

con su voto a conformar la voluntad social contra la cual se rebelan los disidentes y los ausentes que no estén de acuerdo con la decisión tomada. En esa postura se posiciona ARALDI cuando entiende que en la enunciación de los sujetos legitimados por el artículo 78 LGS “deja de lado la norma, con claridad, a los abstentidos. Se entiende que quienes hayan votado afirmativamente, pero cuyo voto sea probado nulo por vicios de la voluntad, también están legitimados” (ARALDI, L., BIANCHI, A., CIOFANI, D., DE ARTAZA, M., ESCALANTE, L., IÑON, P., ROSSI A., RUBINO, M., *Ley General de Sociedades. Comentada. Anotada. Concordada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019).

- Responsabilidad de los directores y gerentes

En cuanto a la responsabilidad de los directores y gerentes de la sociedad, para oponerse expresamente a su extinción debe votarse en contra, siendo insuficiente el voto abstenido.

El artículo 177 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “la responsabilidad de los directivos se extingue por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria.

No se extingue:

a) si la responsabilidad deriva de la infracción a normas imperativas;

b) si en la asamblea hubo oposición expresa y fundada de asociados con derecho a voto en cantidad no menor al diez por ciento del total. En este caso quienes se opusieron pueden ejercer la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades en la ley especial”.

En ese marco, la Ley General de Sociedades en su artículo 276 establece que “la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede

ser adoptada, aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.

Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275”.

Esta acción social de responsabilidad que se dirige contra los administradores atiende la reparación de todo perjuicio colectivo que, producto de decisiones contrarias a la ley, estatuto o reglamento, afecte directamente a la sociedad, por lo que su producido tiende a reconstituir el patrimonio del ente.

Esta acción también puede ser distinguida atendiendo el carácter colectivo de los deberes infringidos por los administradores, y que integran el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad está atribuida al ente.

Dan lugar a ejercicio de la acción social de responsabilidad conductas imputables a los administradores tales como el mal desempeño de sus funciones, administración fraudulenta, balances falsos, falta de presentación temporánea de los estados contables ante los organismos administrativos de contralor, sustracción de libros de comercio -y su documentación respaldatoria- y el aprovechamiento de los bienes de la sociedad para su uso particular, entre otros actos, en razón de la lesión de carácter general que efectivamente se ocasiona.

Para responsabilizar a los sujetos involucrados, no bastará con demostrar la mera realización por el órgano de conductas tales como las descriptas, sino también su concurrencia con los presupuestos de la teoría general de la representación civil: la prueba de que el incumplimiento o comportamiento generó un perjuicio al patrimonio social -que se traduce en un mayor gasto o un menor

ingreso injustificados en la cuenta de resultados de la sociedad-, y la adecuada relación de causalidad entre tal conducta y el daño causado.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde naturalmente a la sociedad (única, originaria y verdadera titular de la acción), previa resolución de la asamblea de accionistas, aun en el caso de que su tratamiento no constara en el orden del día (art. 276 LS) siempre y cuando la misma fuera consecuencia directa de la resolución de un asunto sí incluido.

Pero también dentro del interés colectivo de la sociedad se encuentra siempre el interés particular de los socios, quienes, por tal motivo, tienen una preocupación legítima en la acción social, cuyo ejercicio en definitiva repercutirá en su patrimonio.

Su práctica por estos sujetos resultaría de un derecho individual, de carácter extraordinario, corporativo y subsidiario, que únicamente podrá ser ejercido cuando la sociedad, de forma expresa o implícita, no haya ejercitado por sí la acción contra los administradores.

La acción social de responsabilidad será ejercida por el accionista (*ut singuli*), entonces: a) si hubiera efectuado oposición a la gestión de los administradores en los términos del art. 275 LGS, en los casos en que la asamblea se hubiere pronunciado por su rechazo; por cualquier accionista, en caso de aprobación del inicio de la acción por la asamblea seguida de la omisión de tal deber por parte del directorio, y una vez transcurridos tres meses contados desde la fecha de acuerdo (art. 277 LGS);

b) según parte de la doctrina, por aquellos accionistas ausentes en la asamblea que decidiera su promoción, por aplicación analógica del art. 251 LGS;

y c) en determinadas circunstancias, por el interventor judicial (art. 115 LS) según el alcance de las funciones

que se le asignen.

- Impugnación de la decisión asamblearia

La impugnación de la decisión asamblearia podrán ejercerla tanto el oponente como el que se abstuvo de votar.

El texto del artículo 251 de la Ley N° 19.550 establece que “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada.

Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad”.

Esta acción social se inicia contra toda vulneración de la ley, del estatuto o del reglamento que se produzca no sólo en las resoluciones sociales, sino en todo el proceso del acto asambleario: su convocatoria, constitución, deliberación, votación, mayorías obtenidas y redacción del acta.

Por su parte, NISSEN expresa que la acción de impugnación judicial de un acto asambleario o de decisiones asamblearias, tiene como causa:

a) La inexistencia o la irregular convocación, celebración o instrumentación del acto asambleario,

b) La falta de competencia del órgano o la adopción de decisiones que no fueran consecuencia del tratamiento de puntos incluidos en el orden del día, salvo las excepciones previstas en la ley,

c) La falta de *quorum* o mayoría legal computable para la decisión que se considera,

d) La ilegitimidad de los contenidos de la decisión, en

tanto ésta contravenga disposiciones obligatorias de la ley, los estatutos o reglamentos de origen asambleario vigentes al tiempo de la celebración, y

e) La existencia de abusos de mayorías irrazonablemente lesivos de derechos esenciales de los socios o del interés social.

En este marco, cabe destacar que el conflicto societario se exterioriza en las asambleas, ya que es el órgano donde se toman decisiones sociales sobre la base del principio mayoritario, lo que a veces deriva en el abuso de la mayoría por sobre los socios minoritarios.

En general, la minoría impugna una decisión asamblearia cuando puede probar que el grupo mayoritario tomó decisiones con fines extrasocietarios, lesionando el interés social para obtener un beneficio en detrimento de los restantes socios.

Se encuentran legitimados para iniciar esta acción social contra la sociedad:

a) los socios o accionista que votaron en contra de la decisión atacada

b) los accionistas ausentes

c) los accionistas que votaron favorablemente esa decisión, pero su voto es anulable por existir vicios en la voluntad

d) los accionistas abstenidos

e) los titulares de acciones preferidas

f) los directores bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad

g) el directorio como órgano social

h) los Síndicos y los miembros del Consejo de Vigilancia

i) la autoridad de contralor en tutela del interés público

- El derecho de voto y sus condicionamientos

El derecho de voto es un derecho individual inderogable, sea como derecho social administrativo, de intervención en la administración y gobierno de la sociedad o de consecución administrativa o instrumental.

Pero el derecho de voto debe ejercitarse dentro de los límites previstos por la ley.

En ese marco, el artículo 248 LGS establece que “el accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla.

Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”.

En este supuesto, la obligación de abstenerse aparece como una forma de tutela del interés social o sea de la formación de la decisión colegial, del cual debe excluirse el voto dirigido contra la sociedad, ya que el derecho de voto no puede ejercerse contra la convención original o el desenvolvimiento colegial.

Asimismo, la obligación de abstención comporta la de informar sobre el interés contrario.

Cabe destacar que el incumplimiento de la obligación de abstenerse reviste interés sólo, como señala la norma, cuando con el voto cuestionado se formó la mayoría necesaria para aprobar la resolución imputable al órgano societario.

El voto que infringe lo dispuesto en el artículo en análisis, sólo trae consecuencias cuando ha sido necesario para formar la mayoría.

Por su parte, la jurisprudencia italiana aparece consolidada en afirmar que una deliberación asamblearia

es anulable cuando en concreto persigue un interés diverso del social, esto es en favor del interés personal de un socio, con su votodeterminante para su aprobación. El análisis de mérito sobre la existencia del conflicto de intereses debe ser formalizado en concreto, valorando si la deliberación es potencialmente para la sociedad e idónea para satisfacer el exclusivo interés personal del socio. La prueba del potencial daño debe ser asumida por el impugnante.

En absoluto disenso, VERÓN entiende que en el art. 248 no existe una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses que invalide la decisión asamblearia.

La falta de abstención de voto del accionista que se encuentra en tal situación de conflicto tiene, como sanción propia y específica, la responsabilidad del socio por los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida, debiendo descartarse la aplicación del art. 251 LGS, señalando diversa jurisprudencia: CNCom. Sala B. 6.12.82 LL 1983 B 362, JA 1983 II 549 y ED 103 - 165, ver también en relación CNCOM Sala C 30.8.84 LL 1984 D 299.

Ésa es la doctrina que sigue la jurisprudencia que niega en todos los supuestos la acción de invalidez, por entender que otra es la solución prevista en la ley argentina apartándose de su antecedente italiano.

La Cámara Comercial de la Capital Sala B., en el fallo “Carabassa I. c/Canale S.A.” del 6 de diciembre de 1982, sostuvo esa posición con sólidos argumentos: “Si bien las consideraciones precedentes nos permitieron precisar el verdadero alcance del conflicto de intereses, el análisis del artículo 248 de la Ley N° 19.550 nos lleva a concluir que no existe en dicha norma una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses”.

Este fallo incorpora el máximo esfuerzo interpretativo de la disposición del art. 248 LGS, y finalmente concluye que no ha sido consagrado por el legislador en este supuesto un derecho a la impugnación de las decisiones asamblearias en términos análogos al artículo 251 LGS, ya que, conforme a sus expresos términos, la falta de abstención tiene como sanción, propia y específica, la responsabilidad del socio que así procediera por los daños y perjuicios “cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”.

- La acción de impugnación por voto en interés contrario

Continuando con el análisis del artículo 248 LGS, los requisitos para la procedencia de esta acción de impugnación son los siguientes:

- 1) Existencia de un accionista con interés contrario al social,
- 2) Que ese accionista no haya hecho honor de su obligación de informar y abstenerse de votar,
- 3) Que el voto del no abstenido haya conformado la mayoría necesaria para aprobar la decisión,
- 4) Que la decisión haya generado perjuicio a la sociedad.

Existe conflicto de interés cuando el socio persigue un interés propio y extrasocial que resulta contrario al de la sociedad de la que forma parte. En esa situación, el socio puede llegar a votar o tomar decisiones que beneficien su propio interés privativo, provocando la adopción de acuerdos que desemboquen en una situación perjudicial para la sociedad y para el resto de los socios.

Se trata de situaciones en las cuales los propios intereses personales del socio o administrador de la sociedad

colisionan con las necesidades o intereses de la sociedad de la que forma parte.

En ese marco, no debemos entender el conflicto de intereses únicamente con un carácter económico, sino que podrá extenderse también a ventajas que obtenga el socio de carácter político-social o profesional.

Por tanto, el socio que incurre en situaciones de conflicto de interés no sólo extrae un beneficio por su participación en la sociedad, sino que además obtiene un beneficio propio y privativo en ventaja de la misma.

Asimismo, cabe poner de resalto que la obligación de informar y abstenerse puede ser violada en casos de existencia de sindicato de voto o en sociedad *holding*.

En ambos supuestos, que configuran casos en que podría cometerse la infracción por interpósita persona, el accionista tiene la obligación de expresar la situación frente a sus socios, y la decisión que se adopte debe resguardar esa situación, que deberá ser expresado en la asamblea final, donde hasta podría darse el supuesto de que una sociedad o el representante de un sindicato formalizara un voto único dividido, tema que hoy se encuentra muy controvertido por la doctrina.

Caso contrario quedarían afectados todos los votos por la decisión del grupo que ocultaría el interés contrario expresado o advertido en su seno.

Respecto al perjuicio ocasionado a la sociedad, el mismo puede ser directo, indirecto y/o potencial. De por sí el potencial es perjuicio. Y el indirecto puede resultar de un perjuicio a terceros o a accionistas que luego pudieran reclamar a la sociedad.

Conclusión

A modo de corolario, quiero destacar que justamente

porque el derecho a votar es uno de los principales derechos que hace a la esencia de la calidad desocio, el hecho de no tener en claro cuáles son los efectos cuando en una votación el mismo se abstiene me resulta como poco, inconveniente.

Adhiero a la posición minoritaria de la doctrina que considera que el voto de abstención voluntario debe restarse del cómputo para determinar las mayorías, porque no es un voto ni a favor ni en contra; resulta evidente que la voluntad del socio abstenido es de no participar.

Defender lo contrario implicaría, por lo pronto, pensar que el socio que se abstiene de la votación lo hace sin pensarlo o porque le da igual.

Finalmente, y como sucede en España o Colombia por ejemplo, creo que es importante que los organismos de contralor, si no el legislador, clarifiquen qué sucede cuando el socio se abstiene, así quienes participan en la toma de decisiones en el seno de una sociedad saben cuáles son los efectos de forma clara y no dependen del criterio de los magistrados de turno.

Fuentes consultadas

ARALDI, L., BIANCHI, A., CIOFANI, D., DE ARTAZA, M., ESCALANTE, L., IÑON, P., RUBINO, M., *Ley General de Sociedades. Comentada. Anotada. Concordada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1974.

MC INERNY, Patricio Tomás, *Ley General de Sociedades N° 19.550 comentada*, 1ª edición, 1ª reimpresión, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

PEDROL RIUS, Antonio, *La sindicación de acciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011.

ZUNINO, J. O., *Régimen de Sociedades Comerciales*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

Algunas dudas sobre la razonable aplicación práctica del estándar de ‘más allá de toda duda razonable’

Por Julián FARINA BALBI

Abstract

El presente ensayo tiene el modesto objetivo de reflexionar sobre las diferencias que los distintos estándares de prueba presentan en relación a las exigencias sobre la prueba de los hechos y los resultados probatorios que deberían alcanzarse, principalmente en relación a los casos que presentan hipótesis disímiles compatibles con las mismas evidencias. Para ello presentaré muy someramente algunas distinciones fundamentales entre los sistemas de valoración probatoria y las concepciones de la prueba; y la relación que puede establecerse entre ellos y los estándares de prueba, así como la importancia de su función. Finalmente intentaré mostrar un camino interpretativo del estándar de más allá de toda duda razonable compatible con la escuela racionalista de la prueba, y dese allí, subrayar su importancia para diferenciar en las decisiones la aplicación real de un estándar u otro.

Palabras clave: prueba, estándares de prueba, razonamiento probatorio, más allá de toda duda razonable.

Distinciones fundamentales. La prueba y el proceso judicial. Concepciones sobre la prueba

Como punto de partida, y a riesgo de fatigar al lector ya introducido en esta materia, corresponde señalar bre-

vemente las especiales características que la actividad de determinación de los hechos reviste en el proceso penal con respecto a otras empresas cognoscitivas emprendidas por el hombre. El proceso, y especialmente la actividad probatoria que se desarrolla durante el mismo, tiene la finalidad institucional ulterior de averiguar la verdad de los hechos; mientras que en un segundo nivel, para las partes, dicha finalidad se transforma en la de demostrar la verdad de sus afirmaciones ante el órgano estatal idóneo para dictar una resolución jurisdiccional favorable. En ese lineamiento descansa una de las premisas de mayor relevancia del sistema procesal, configurada por la carga de la prueba. A pesar de los fuertes embates que ha recibido esta institución respecto a su utilidad concreta y vigencia, podemos conceptualizarla, en su faz subjetiva, como la obligación de cada litigante de aportar prueba de aquello que afirma, ya que de lo contrario perderá el pleito; y desde la objetiva, cómo el grado de suficiencia que la actividad probatoria debe alcanzar para habilitar la declaración de hechos probados (NIEVA FENOLL, 2022).

Por otro lado, el proceso penal reviste la enorme trascendencia de ser la herramienta pública para concretar el más intenso y violento poder del Estado sobre los particulares. Éste detenta el monopolio de la fuerza, y en consecuencia, se encuentra legitimado, bajo el cumplimiento de ciertas reglas generales, previas y positivas, para aplicar sobre un ser humano, la mayor restricción de su personalidad que el mundo civilizado ha concebido, la pena privativa de libertad: el encierro.

Todo el pensamiento doctrinario alineado con las garantías de un Estado de Derecho acepta en mayor o menor medida que la vital importancia que revisten los derechos que el poder punitivo del Estado puede afectar, encuentra su correlato, en términos de garantías, en el

celoso cumplimiento de las normas del debido proceso que la acusación debe observar para mantenerse dentro del campo de la legitimidad. Por consiguiente, ese conjunto de restricciones, de obstáculos y tabiques que la acusación debe sortear en el desarrollo de su actividad probatoria, conforma una de las dimensiones principales de garantía, y por lo tanto, no facilita el acceso a la información, sino que por el contrario, lo dificulta; constituyen un conjunto de vallas que responden a otros valores, distintos a la averiguación de la verdad, pero también valorados y resguardados por el Estado como representación de la sociedad.

Para ponerlo en otros términos, profesamos un serio interés en la averiguación de la verdad de los hechos penalmente relevantes, como antecedente necesario para legitimar la imposición de una condena; pero sin embargo, en esa empresa no estamos dispuestos a habilitar una actividad estatal libre y desenfrenada, sino que por el contrario, la reglamos y controlamos fuertemente para resguardarnos contra el abuso de poder estatal y la arbitrariedad de los funcionarios.

Por consiguiente, en el proceso penal, existe una gran cantidad de obstáculos que limita la posibilidad de acceder a la verdad de los hechos; algunos responden a limitaciones en la actividad probatoria en resguardo de garantías constitucionales del imputado o de terceros (exclusión de prueba ilícita, razonabilidad y motivación de los requerimientos intrusivos en libertades individuales, nulidad de los procedimientos desapegados de las normas); pero estas no son las únicas, existen otras, de tipo epistémico, temporal, etc. Al solo efecto de ejemplificar: el proceso penal, o cualquier proceso judicial, no puede extenderse por siempre, necesariamente debe concluir en un tiempo razonable. En este punto inciden otros valores

de suma relevancia también como la seguridad jurídica y la necesidad de los justiciables de encontrar respuesta a sus asuntos en un tiempo humano prudencial.

Por otra parte, los acontecimientos a reconstruir, versan sobre hechos ocurridos en el pasado, sobre los que contamos con información más o menos fragmentada, nunca completa y perfecta; la que además, es aportada generalmente por fuentes que proyectan un interés personal en la solución del caso, como las partes, testigos, o peritos de parte (FARINA BALBI, 2022).

Otro aspecto de suma trascendencia en adición a lo expuesto, es el que versa sobre la concepción que se acepta respecto a la prueba o la actividad probatoria, tanto desde el campo de la creación de las normas, como desde el de la aplicación, es decir, del ámbito legislativo y del judicial.

Aceptado ya que el camino que la acusación debe recorrer para alcanzar una sentencia se encuentra plagado de limitaciones y obstáculos en clave de garantía, todavía resta determinar qué tipo de relación existe entre las evidencias acercadas al proceso y las decisiones jurisdiccionales que a su respecto se adoptan; y asimismo, qué concepción de la prueba puede aportar un marco de justificación a ese proceso de decisión; en este momento ingresan al debate los distintos sistemas de valoración probatoria y las diversas conceptualizaciones sobre la prueba.

En el marco de este ensayo, haré un sucinto resumen de los diversos sistemas, al solo efecto de clarificar su relación con los estándares de prueba y la reflexión final a la que pretendo arribar.

En primer lugar, como ya fue insinuado al inicio, la prueba como actividad destinada a develar un acontecimiento del pasado no reviste en su núcleo interno ninguna diferencia con cualquier otra actividad humana

tendiente a alcanzar el conocimiento. Más bien todo lo contrario, comparte su esencia veritativa, pero con la señalada particularidad que sobre el proceso judicial traslada el conjunto de limitaciones aludidas, las que justamente destacada doctrina ha denominado *especificidades de la prueba judicial* (PARCERO CRUZ & LAUDAN, 2020)².

No obstante lo expuesto, el método habilitado para conocer y decidir a través de las pruebas puede diferir notablemente de acuerdo al sistema de valoración probatoria instituido normativamente en los ordenamientos procesales. Entre ellos mencionaré el de la *prueba legal* o *prueba tasada*, el de las *libres convicciones*, y el de la *íntima convicción*.

El sistema de *tarifa legal* o *prueba tasada*, consiste en realidad en un sistema formalde valoración, donde la atribución de fuerza probatoria a cada medio de prueba proviene en forma abstracta de una norma jurídica, por lo tanto, el juez se limita a la aplicación en el caso concreto de las tasas o tarifas provenientes de la ley correspondientes con el caso y los medios de prueba utilizados. El juez “está ligado por vínculos normativos para la valoración de los resultados de la prueba y la formación de su propio convencimiento sobre la cuestión de hecho” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 141). De tal suerte, para declarar probado un hecho “x”, habrá que remitirse a las normas que regulan la institución jurídica a la que el hecho se refiere, y al medio de prueba utilizado (para acreditar el hecho “x” serán necesarios “n” testigos).

El sistema de la libre CONVICCIÓN nace como reacción al de la prueba legal, y por lo tanto, su principal característica radica en la independencia del juez para conformar su intelección respecto de cualquier precepto legal que pueda condicionar el valor correspondiente a los medios

de prueba producidos. En términos de Mirjan DAMASKA, después de la Revolución Francesa, se fundamentó el cambio de sistema porque “el valor de las pruebas era una cuestión demasiado compleja como para someterla a las riendas del legislador y sujetarla a corsés normativos” (DI GIULIO, 2021).

En un sentido similar, GASCÓN ABELLÁN (2010) lo expone como un *principio metodológico negativo* que excluye el valor legal abstracto de las pruebas asignado a priori, pero que por sí mismo, nada dice como principio positivo, es decir, sobre cómo sí debería ejecutarse la actividad de valoración, lo que ha llevado a la autora a señalar los efectos negativos y riesgosos del entendimiento libérrimo y desenfrenado de este sistema valorativo, transformándolo en un terreno fértil para la arbitrariedad.

Al respecto es de interés ver la opinión de Cfr. GASCÓN ABELLÁN, para quien la garantía contra la arbitrariedad viene dada por la concepción cognoscitiva de la prueba, dotando la valoración de racionalidad, más que del principio de libre convicción.

Finalmente para lo que corresponde exponer en este ensayo, el sistema de la *íntima convicción*, es aquel que se corresponde con el sistema del Jurado Anglosajón, el *jury trial*, y se caracteriza por resultar la decisión sobre los hechos, de un juicio subjetivo de los decisores, cuyos fundamentos y razones no se expresan ni conocen, resultando expresamente prohibido cualquier atisbo de motivación, debiendo conformar su juicio solamente a su leal saber y entender (DI GIULIO, 2021).

Ahora bien, los sistemas mencionados, pueden tener una mayor o menor cercanía respecto de concepciones de la prueba que difieren profundamente, y por lo tanto, legitiman decisiones de acuerdo con criterios también sumamente disímiles (DEI VECCHI, 2020). En este aspecto

cobran principal relevancia los principios de racionalidad e intersubjetividad como herramientas de garantía.

Existen principalmente dos concepciones sobre la prueba diametralmente opuestas y enfrentadas, de manera que una no puede convivir armónicamente en un sistema con la otra, del mismo modo que ambas resultan armónicas con sistemas de valoración y principios políticos diferentes.

La concepción persuasiva o psicologista de la prueba, muestra una fuertísima aceptación en los sistemas continentales, a nivel tanto normativo como jurisprudencial. Esta concepción entiende el razonamiento probatorio como una actividad subjetiva e interna del juzgador enraizada en el grado de fuerza o seguridad que alcancen sus creencias sobre los hechos con base en las pruebas. La justificación proviene del nivel de convencimiento que el juzgador adquiera, y no del grado de justificación que presenten las pruebas con relación a las hipótesis en pugna. Los criterios de justificación que esta concepción pone en juego, apelan a estados mentales del juzgador; de modo que para legitimar un enunciado como “*está probado que p*” es necesario -podemos decir *simplemente*-, verificar que “*el juez o el jurado, alcanzó un convencimiento o certeza de que p*” (FERRER BELTRÁN, J., 2021).

Existe una tendencia generalizada a rodear este subsistema valorativo de palabras grandilocuentes y escurridizas en su significado concreto, con la intención de dotar el razonamiento de seguridades que finalmente no son tales. Me refiero a los términos *indicios vehementes*, *causa probable*, *sospecha fundada*, *prueba bastante*, incluso *más allá de toda duda razonable*; lo cierto es que la vaguedad de los términos remite directamente una vez más a la capacidad justificativa de las creencias del juzgador. A modo de ejemplo, el art. 74.1 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal Española, dice sobre el dictado de la sentencia que “el tribunal, *apreciando según su conciencia* las pruebas practicadas (...) dictará sentencia”. El art. 402.2 del Código nacional de procedimientos penales mexicano, “Nadie podrá ser condenado sino cuando el Tribunal que lo juzgue *adquiera la convicción* más allá de toda duda razonable...” (FERRER BELTRÁN, J., 2021).

Existe un subsistema que podríamos denominar intermedio, en el que se adiciona como supuesta garantía suficiente la expresión de las razones que han llevado al juzgador a adquirir tal convencimiento. En este carril, la motivación adquiere un papel trascendental con respecto al razonamiento probatorio. Sin embargo, a poco que se reflexiona sobre su configuración, resulta evidente que esa garantía no puede abastecer completamente el campo al que esta aplicada. En la medida que la capacidad de justificación permanezca en el grado de fuerza que las creencias del juzgador tengan, la motivación poco puede aportar, salvo casos de evidente absurdo. La posibilidad de controlar las razones que el juez esgrime en su sentencia, debe conducirnos a colocar entonces la fuerza de justificación en dichas razones, y ya no en el grado de creencia adquirido por el juez. Por tanto, la creencia, sólida o débil del juzgador, resulta completamente irrelevante en relación a la capacidad justificativa sobre la decisión. Las razones que apoyan esa decisión son las que pueden justificarla, en todo caso lo que ocurrirá es que la creencia será una *creencia justificada*; pero la fuerza de la convicción nunca podrá mejorar una decisión injustificada.

El resultado por lo tanto, es el de la valoración racional de la prueba, donde la justificación de la decisión proviene únicamente del grado de corroboración que las hipótesis alcanzan de acuerdo a las pruebas producidas, valoradas en base a principios epistemológicos.

Muy repetidamente se ha tendido a asociar la libre valoración de la prueba con la concepción subjetiva y psicologista explicada más arriba, en cuyo caso la prueba sobre los hechos se le presenta al juzgador como una especie de epifanía al contacto con las evidencias, pero de la que no puede darse cuenta motivada y externamente para habilitar su control. La concepción racional de la prueba, por el contrario, se basa principalmente en el fundamento de criterios epistémicos de racionalidad para evaluar el grado de corroboración que las pruebas aportan a las hipótesis. Decir en este contexto que una hipótesis se encuentra probada equivale a que hay elementos de juicio suficientes para aceptar esa proposición; donde la aceptación es un acto voluntario, a diferencia de la creencia, de forma que admite justificación y sobre la que existe posibilidad de error y de control (ACCATINO, 2006).

Estándares de prueba. Su relación con los sistemas de valoración

Una vez presentada la apretada síntesis sobre los sistemas de valoración y concepción de la prueba, es preciso hacer alusión al concepto de estándar de prueba, y la función que le toca cumplir dentro de la actividad probatoria.

Expuse previamente que, en relación a los distintos sistemas de valoración y formas de concebir a la prueba, un conjunto de enunciados fácticos (enunciados sobre los hechos del caso), podrán declararse probados con base en distintos tipos de criterios, y por lo tanto, provocar un escenario de mayor o menor posibilidad de control racional, tanto sobre sus conclusiones, como de su correspondencia con la verdad.

En ese sentido, de acuerdo con la ya clásica división del proceso probatorio en forma tripartita: (i) *conformación*

de los elementos de juicio, (ii) valoración de la prueba, y (iii) decisión sobre los hechos (FERRER BELTRÁN, J., 2007), en este último paso, al momento de decidir si existe una hipótesis que, de acuerdo al grado de corroboración alcanzado en su valoración, pueda ser declarada probada, es precisamente donde los estándares de prueba se hacen evidentes y cobran su mayor relevancia. Puesto en otros términos, los estándares de prueba se constituyen como la herramienta esencial para determinar si el grado de corroboración alcanzado por una hipótesis resulta suficiente para declararla probada.

Será evidente a esta altura del desarrollo que, aceptada la finalidad veritativa del proceso penal, la búsqueda de la verdad material de los hechos penalmente relevantes, y la necesidad de utilizar una concepción racional de la prueba, que se apoye para su valoración en criterios de la epistemología general, todavía faltará satisfacer la necesidad de disponer de reglas que establezcan el grado de probabilidad que resulta suficiente para aceptar como probado un enunciado fáctico, el grado de apoyo que nos parece suficiente para aceptar como verdadera una hipótesis, y de ese modo poder emplear ese estándar en nuestro razonamiento. Y resulta que ese límite, ese grado de exigencia, configura una decisión política, no jurisdiccional; pues deberá ser el legislador quien determine cuál es el grado de corroboración correspondiente a los hechos, en este caso penales, para aplicar una pena (FERRER BELTRÁN, J., 2021).

Los estándares de prueba guardan una relación de propiedad dentro de los distintos sistemas de valoración, toda vez que, en cada sistema, lo que subyace es una determinada índole de razones con capacidad justificativa. Por lo tanto, los estándares propios de cada sistema necesariamente deberán apelar al tipo de razones naturales

de ese sistema, y no a otras. En los sistemas de prueba legal, determinar qué tipo de elementos tienen fuerza justificativa corresponde a razones o fundamentos de tipo jurídico normativo dados taxativamente por el legislador. En los sistemas de íntima convicción, la determinación se corresponde con el impacto psicológico que los elementos tengan en el juzgador, incluso el legislador puede predeterminar dichos estados (convicción suficiente, sospecha, duda, etc), mientras que en los sistemas de prueba libre, sólo cuentan como criterio justificativos sobre los hechos los parámetros de justificación epistémica (DEI VECCHI, 2020).

De allí, uno de los roles principales que conceptualmente cumplen los estándares de prueba, la distribución de los riesgos de error en la decisión sobre los hechos, se verá fuertemente comprometido con dependencia del sistema de valoración que sea establecido. Entre los dos errores posibles, la condena a inocentes o la absolución de culpables, la mayor tolerancia que dispongamos sobre un error u otro, dependerá del estándar de prueba legislado; y más precisamente, del estándar que concretamente se aplique en la práctica judicial (lo que no siempre coincide), pero sin dudas, su materialización dependerá en gran medida del sistema de valoración; ergo, de la índole de las razones que consideramos justificantes para la decisión.

Una reflexión final sobre los distintos estándares de prueba

Es comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia especializadas en la materia, la identificación de al menos tres estándares de prueba bien definidos. Me refiero al de la *preponderancia de la prueba*, al de

la *prueba clara y convincente*, y al del *más allá de toda duda razonable*; respecto de los cuales existe una relación ascendente en grados de exigencia. El estándar de la prueba preponderante ha sido usualmente asimilado al proceso civil, y propone la aceptación de la hipótesis que se encuentre más corroborada, por lo que suele asociarse a una identificación en el plano matemático (al solo evento ejemplificativo) propia del 51%, o bajo el lema “más probable que no”. Por otra parte, el estándar de la prueba clara y convincente, ha sido utilizado en procesos especiales tales como discusión sobre derechos parentales o internamientos forzosos (“Santosky v. Kramer”, 455 U.S. 745 -1982-; “Mullaney v. Wilbur”, 421 U.S. 628-1975, respectivamente) y sitúa el nivel de exigencia en un nivel figurativo de entre el 75 y el 80%. Finalmente, el estándar de más allá de toda duda razonable, propio del sistema criminal anglosajón, es el más alto y exigente, y se sitúa más próximo a la certeza que cualquier otro, entre la estimación del 90 y el 95%.

En la extensión de este ensayo no corresponde ingresar a la vasta y vigente discusión sobre el concepto y vaguedad del estándar de condena referido. Basta aquí con decir que en la propia jurisprudencia estadounidense, ha sido explicado a los jurados y concebido por la doctrina de formas absolutamente disímiles. La volatilidad conceptual referida, ha llevado a Larry LAUDAN, uno de sus más serios detractores, a decir que un sistema que se apoya en un estándar de ese tipo es “una parodia de un sistema de prueba” (LAUDAN, 2005, pág. 104).

En la medida en que la existencia o ausencia de duda sea interpretada como una propiedad del nivel de confianza que las creencias del juzgador alcanzan, el estándar podrá ser utilizado como un cajón de sastre del que se podrá extraer cualquier sentencia, o mejor dicho, justifi-

car decisiones del más disímil apoyo racional.

Sin embargo, de otro lado, es posible formular un acercamiento al estándar, desde la concepción racionalista de la prueba, que vincula la exigencia de acuerdo a una teoría de la razonabilidad de la duda, y lo independiza de las creencias del juzgador, de manera que la duda señalada es aquella que se justifica en el conjunto de evidencias disponibles (ACCATINO, 2011).

En este marco pretendo formular la distinción que invita a reflexionar sobre los casos en los que las evidencias son capaces de soportar distintas hipótesis, incluso tal vez, con distintos grados de probabilidad. Recordemos que en el plano de las decisiones sobre los hechos, estamos necesariamente en un campo probabilístico, en el que resulta imposible alcanzar la certeza racional, propia únicamente de los sistemas abstractos como la matemática y la lógica formal (FERRER BELTRÁN, J., 2021; GASCÓN ABELLÁN, 2010).

Uno de los métodos propuestos con mayor firmeza, incluso recepcionado por la jurisprudencia del Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires, es el de la formulación de predicciones compatibles con la hipótesis sometida a evaluación, de tal suerte que a mayor cumplimiento de las predicciones formuladas, mayor grado de corroboración alcanzará, mientras que en sentido contrario, permitirá ir descartando las hipótesis alternativas que no encuentren en las evidencias el cumplimiento de las predicciones trazables ⁵ (FERRER BELTRÁN, J., 2021).

A modo de ejemplo, si la hipótesis acusatoria sostiene que el imputado ha utilizado un arma de fuego con la que le disparo a la víctima cuatro disparos a quemarropa, de acuerdo a los conocimientos aceptados hoy científicamente, podremos establecer la predicción de que, en condiciones normales, el imputado deberá presentar restos de

pólvora en sus manos y en sus ropas provenientes de la deflagración de pólvora producida al ejecutar los disparos. La confirmación de la predicción elevará el grado de corroboración, mientras que su incumplimiento lo reducirá o incluso podrá refutarla, en la medida de que no exista una hipótesis auxiliar que permita salvaguardar la situación, por ejemplo, el imputado ha utilizado guantes.

Ahora bien, si las evidencias del caso son compatibles con más de una hipótesis, de acuerdo con lo expuesto, esta situación no permite descartar una de ellas, sino que será necesario desarrollar mayores predicciones en base a las evidencias para lograr definir los resultados. Sin embargo, es muy frecuente que con base en la verosimilitud de la versión “x”, del común acontecer de los sucesos, o de las máximas de la experiencia, se termine por escoger una hipótesis por sobre otra, simplemente por considerarla más probable, en sentido de considerarla más apegada a una determinada realidad e interpretación del mundo determinada por los jueces.

En ese caso, pretendo poner de relieve que se estaría llanamente condenando bajo un estándar propio del Derecho Civil; se estaría aplicando una pena por considerar la hipótesis acusatoria, más probable que la de la inocencia, pero (como lo adelantamos) dado que las evidencias son compatibles con ambas versiones, la selección de la más probable excluye el estándar del más allá de toda duda razonable, que -bajo una versión racionalista- exige el despeje de las dudas generadas en la evidencia, tal como lo presenta el caso.

Véase por ejemplo TCPBA causa 88660, del 7/6/2022.

Para ilustrar el concepto utilizaré un ejemplo brinda-

do por Jordi FERRER BELTRÁN en *Prueba sin convicción*, p. 228, el cual a los efectos de este trabajo he modificado levemente. Muy sucintamente: un sujeto S circula por la vía pública en horario nocturno. Al llegar a una esquina se acerca a un automóvil propiedad de A y rompe el vidrio correspondiente al asiento del acompañante, lugar en el que se encontraban un teléfono celular y una cámara de fotos. Policía que pasaba por el lugar, lo advierte y lo detiene cuando intenta darse a la fuga, sin ningún elemento de valor en su poder. La acusación le endilga el delito de robo en grado de tentativa, mientras que la defensa, solicita la calificación de daño simple.

Como puede observarse, las evidencias del caso, son compatibles con ambas hipótesis, sin embargo, los jueces -en el caso real- lo condenaron por robo, toda vez que entendieron que, al no probarse amistad o enemistad entre S y A, ni encontrarse aquél en un estado de alteración, no existían elementos que puedan apoyar el motivo del daño, más bien sólo el del robo.

Sin embargo, las pruebas son contestes con la hipótesis de daño, a pesar de la menor probabilidad que los jueces le asignan. De modo que, incluso para el caso de que sea correcto afirmar en ciertas reglas de experiencia que el delito de daño se produce por motivos de alteración del ánimo o enemistad con el dueño del auto, el caso no permite refutar esta hipótesis, entendiendo la refutación como el estado en el que la hipótesis no tiene probabilidad alguna.

En conclusión, de acuerdo con un entendimiento racionalista del estándar del más allá de toda duda razonable, la compatibilidad del conjunto de evidencias con una hipótesis menos gravosa o de inocencia, requerirá su refutación con apoyo en predicciones que esa hipótesis no pudo cumplir, o bien, en un desarrollo argumentativo

que convierta en nula su probabilidad; caso contrario, estaremos siempre en el plano de la probabilidad prevaliente, y estaremos condenando bajo la fuerza de una *creencia de más probable que no*, condena que no satisface las exigencias del más allá de toda duda razonable, y por lo tanto, en un sistema que selecciona ese estándar de acuerdo a la preferencia de ciertos errores sobre otros, resulta una condena ilegítima.

La reflexión pretende simplemente poner nuevamente esta diferencia sobre la mesa de la discusión, con el objetivo de profundizar los aspectos que hacen a la decisión sobre los hechos y la necesidad de contar todos, los justiciables y los operadores del sistema, con mayores seguridades y previsiones sobre una de las más importantes fases del proceso, la *quaestio facti*.

Bibliografía

ACCATINO, D. (2006). “La fundamentación de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”. Revista de derecho, XIX(2), 9-26.

ACCATINO, D. (2011). “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVII, 483- 511.

DEI VECCHI, D. (2020). “Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba objetivos”. Revista de Derecho (Valdivia), XXXIII(2), 25-48. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200025>.

DI GIULIO, G. H. (2021). *Valoración judicial de la prueba*. Hammurabi.

FARINA BALBI, J. E. (2022). “Sobre las exigencias del acervo probatorio para la decisión penal. Una mirada

desde las investigaciones científicas y el principio de objetividad en la investigación penal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Raúl Eugenio ZAFFARONI (dir.) (10).

FERRER BELTRÁN, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.

LAUDAN, L. (2005). “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, 95-113.

NIEVA FENOLL, J. (2022). “Réquiem para la carga de la prueba”. *Quaestio Facti*. Revista internacional sobre razonamiento probatorio(4), 1-23. doi:10.33115/udg_bib/qf.i4.22783.

PARCERO CRUZ, J. A., & LAUDAN, L. (2020). *Prueba y estándares de prueba en el derecho*. (U. I. Filosóficas, Ed.).

“Poder de policía. Una mirada positiva frente a su vigencia y operatividad en el sistema de gobierno federal”

Por Francisco LÓPEZ SIMPSON

1. Introducción

En un reciente caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación trató el tema que nos proponemos comentar, sin agotarlo desde luego puesto que excedería los bordes del presente trabajo, y no obstante que intuitivamente, y al primer golpe de vista parecería ser un tema más propio de la “paleontología jurídica” que de la actualidad viva de nuestros días, al tomar conocimiento de los autos “Cruce-ro del Norte S.R.L. c/Buenos Aires Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” con ojos de docente universitario advertimos con cierta alegría (por qué no decirlo), que este instituto tradicional, que enseñamos en nuestras aulas, y que se remonta al siglo XV y al año 1827 con los contornos parecidos a lo que hoy entendemos por poder de policía, sigue vigente y es una herramienta de doble utilidad, por un lado para garantizar los derechos constitucionales de los administrados y por otro para controlar al intervencionismo estatal que siempre parece querer ir más allá de lo debido o conveniente para la salud de la república.

2. El caso

Crucero del Norte S.R.L. inició una acción declarativa de certeza con el fin de que se declare la inconstitucio-

nalidad de la actuación fiscalizadora y sancionadora llevada a cabo por el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires respecto de las condiciones laborales de los choferes de los servicios de transporte de pasajeros de larga distancia de carácter interjurisdiccional, que opera y presta la empresa en razón de permisos conferidos por el Estado Nacional (Secretaría de Transporte).

Sostuvo que tales servicios, en la totalidad de sus recorridos y, por ende, en los trayectos autorizados dentro del territorio de la referida provincia, están sujetos de manera exclusiva a la jurisdicción federal y al poder de policía laboral que legalmente le corresponde al Ministerio de Trabajo de la Nación y cita art. de la CN (10,14,31,75 inc. 13,18 y 30, y 126) y leyes nacionales 12.346, 22.520 y normas complementarias.

Adunó que la competencia que se arroga la provincia versa en el control y verificación de las libretas de trabajo y las condiciones laborales referidas, sustancialmente, a las horas de descanso y que en virtud de ello ha realizado actas de infracción que dieron lugar a sanciones que debieron luego ser cuestionadas en sede judicial.

Por último, la accionante, señaló que tiene domicilio operativo en la Provincia de Misiones y que desarrolla la actividad de transporte interprovincial e internacional de pasajeros mediante servicios autorizados y sujetos al control del Estado Nacional, dado su carácter interjurisdiccional, y advirtió sobre la superposición de inspecciones entre los dos Estados, Nacional y Provincial.

A su turno, la Provincia de Buenos Aires negó el estado de incertidumbre alegado por la actoray afirmó que es el Ministerio de Trabajo local quien posee la competencia en materia de poder de policía laboral dentro del territorio de la provincia, en función de lo dispuesto por las leyes locales 13.757 y 10.149, decreto 6409/08 y en el

Pacto Federal del Trabajo ratificado por la Provincia de Buenos Aires mediante la ley 12.415.

Sostuvo que las empresas de autotransporte incluyen en su recorrido al territorio bonaerense, por lo que es el Ministerio de Trabajo provincial el órgano competente para velar por el control del cumplimiento de la normativa vigente, y que están en juego los derechos del trabajador y la observancia de las normas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, además del transporte público de pasajeros en el territorio provincial. Señalando al mismo tiempo el peligro potencial de conducir un vehículo de gran porte que, por no haber gozado de los descansos mínimos entre jornadas o por haber excedido el máximo de trabajo de la jornada legal, pueden sufrir agotamiento psicofísico susceptible de causar o influir como factor coadyuvante en la producción de accidentes.

Finalmente puso de resalto que el Estado provincial no ha delegado el poder de policía, y el control por parte de autoridades locales de los aspectos laborales bajo los cuales debe operar el transporte interjurisdiccional de pasajeros no obstaculiza la prestación del servicio, por lo que es razonable la coordinación de las dos jurisdicciones.

3. Lo resuelto por la Corte Suprema

El *tema a decidir*, conforme lo explicó la Corte Suprema en el considerando tercero, es el siguiente:

Determinar si el actuar de la Provincia de Buenos Aires colisiona con lo dispuesto en la Constitución Nacional, en las leyes y decretos federales que regulan el transporte interjurisdiccional de pasajeros por automotor, y la distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias en cuanto al ejercicio del poder de policía del trabajo en ese ámbito.

Comenzó recordando que el diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que éstas no hubieran expresamente delegado al gobierno central, a la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas que la Ley Fundamental así lo estableció.

Luego, y en el marco de estos principios, señaló que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero (y aquí comienza a trazar el camino que llevará a la resolución del caso) aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias.

De este modo, la Corte ya avisaba que si bien el poder de las provincias es indiscutidamente preexistente e indefinido, esto no quiere decir bajo ningún término *absoluto*.

Resulta, aseveró, de esencial importancia que la relación entre las provincias y la Nación se desenvuelva armónicamente, cuidándose de no entorpecer la acción exclusiva de la otra o viceversa.

Con este preámbulo aclaratorio, llegó al corazón del argumento que resuelve el caso. Lo explica en los considerandos 5,6 y 7. Veamos:

En primer lugar destacó que: entre los poderes delegados por las provincias al gobierno federal se encuentra la denominada “cláusula comercial” en virtud la cual el Congreso de la Nación reguló la materia que da origen al presente litigio sobre la base del art. 75 inc. 13

de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso Nacional reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre si”, y que tiene su correlato en lo dispuesto por el art. 126 de la Ley Fundamental, que prohíbe a las provincias “expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior”.

Señaló que se volvía entonces necesario interpretar el alcance de las atribuciones locales en el área abarcada por la llamada “cláusula comercial”, y hacerlo a la luz de una visión integradora u orgánica del término “comercio” por medio de la que se procura evitar que las actividades económicas interjurisdiccionales puedan ser entorpecidas, complicadas o impedidas por los Estados provinciales lo cual conspira contra la unidad del sistema federal y su regular funcionamiento.

Es por esta razón que debe acudirse a esa noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional, que fue el fundamento no sólo de la exclusividad de los poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial (Art. 75 inc. 13 CN), sino también de los que le competen en forma exclusiva en el dictado de la legislación común a ser aplicada dentro de los territorios provinciales por las autoridades locales, de conformidad con lo previsto en el Art. 75 inc 12 de nuestra Ley Fundamental.

Y para rematar su argumento indicó que el transporte de interjurisdiccional de pasajeros resulta alcanzado por los poderes que el art. 75 inc. 13 CN otorga al gobierno federal, y es justamente en ejercicio de esta facultad que el legislador nacional dictó la ley 12.346 y a ellas deben las provincias adecuar su actividad porque el art. 31 de la CN dispone la primacía de las leyes dictadas de conformidad a sus preceptos.

Consecuentemente a lo expuesto, las condiciones generales del transporte se encuentran bajo la potestad del

gobierno federal cuando uno o puntos situados en más de un Estado, excediendo así el ámbito exclusivamente reservado a cada provincia.

4. Poder de policía y límites al intervencionismo estatal

Sin perjuicio de que hay cantidad de definiciones de poder de policía, existe ya hace tiempo una pacífica coincidencia al respecto en cuanto a que: cuando hablamos de poder de policía entendemos a la potestad atribuida por normas constitucionales al órgano o Poder Legislativo para reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que esas mismas normas reconocen o imponen a los individuos.

El fundamento constitucional está dado por el art 14 de la Constitución Nacional donde dice expresamente que *“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”*.

A su vez, desde mucho tiempo a esta parte se han señalado los límites a este poder de policía, ostentado por el Estado (en sentido amplio) de la siguiente forma:

La potestad legislativa encuentra dos límites fundamentales:

Interno: está dado por el Art. 19 CN, conocido como el “derecho a la intimidad”, que no puede ser desconocido ni vulnerado, y de ocurrir, el afectado podrá accionar judicialmente en procura de obtener el restablecimiento del derecho constitucional conculcado.

Externo: marcado por el Art. 28 CN. La atribución constitucional de establecer los límites a los derechos mediante leyes, persigue la finalidad de que cada persona pueda hacer uso y goce de sus derechos sin perturbar el

ejercicio de los derechos de los demás.

Además existen otros límites como por ejemplo el derecho de propiedad del art. 17 CNy el de libertad marcado por el Art. 19 CN *in fine*.

No obstante esta somerísima descripción del concepto de poder de policía y sus límites, realizada al único efecto ilustrativo que desde luego no busca agotar el tema, lo que pretendemos destacar es el tratamiento dado por la Corte Suprema a los límites de poder de policía en el caso bajo estudio.

El Máximo Tribunal, en el considerando 12 con cita del precedente “Colgate Palmolive” señala que no se desconoce el poder de policía de seguridad, salubridad, y moralidad corresponde como principio general a las provincias, por tratarse de facultades que éstas se han reservado (conforme art. 121 CN). Sin embargo, esta facultad reconoce comolímite “aquellos casos en que la Constitución conceda al Congreso, en términos expresos un poder exclusivo; el ejercicio de idénticos poderes haya sido expresamente prohibido a las provincias, o, que exista una directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas.

Estos límites al poder de policía, que en forma clara expone la Corte, deben ser entonces entendidos y respetados en armonía con el sistema federal de gobierno a los efectos de obtener el mejor resultado posible para el bien común. Tales supuestos funcionan como un límite al poder interventor del Estado.

5. Una solución ajustada a derecho

Como señalamos en el comienzo, el poder de policía, si bien parece ser un instituto vetusto y que no sale tanto en las “primeras planas” de doctrina, goza de una vigencia

que entendemos muy saludable puesto que en tiempos como el que nos toca transitar, su importancia afinca- da en la necesidad de regular y operativizar los derechos fundamentales que otorga la Constitución a los ciudadanos, pero sin sobrepasar los límites establecidos para el ejercicio de esta potestad eminentemente legislativa, es fundamental para la convivencia armónica del sistema de poderes en nuestro sistema federal.

Tal cual lo dijo la Corte: “Resulta de esencial importancia que la relación entre las provincias y la Nación se desenvuelva armónicamente, cuidándose de no entorpecer la acción exclusiva de la otra o viceversa”.

Creemos que la solución es ajustada a derecho, porque sin perjuicio del loable fin proclamado por la Provincia de Buenos Aires (velar por la salubridad de los choferes de colectivos que transitan su territorio, al controlar las horas de descanso, y en forma indirecta asegurar la salud e integridad de los pasajeros bonaerenses) tal función está encomendada por el legislador nacional (quien tiene competencia para regular en función de la “cláusula de comercio”) a entes nacionales que deben velar por el efectivo cumplimiento del plexo normativo atinente a la salubridad en materia de transporte de pasajeros. No obstante que en el ámbito de su competencia el Estado local desde luego podrá ejercer su potestad, y en tal caso realizar esfuerzos colaborativos con el Estado Nacional en aras del bien común.

Activismo judicial y participación en la construcción de políticas públicas

Por Juan Manuel GALLO

a) Introducción

En primer lugar, cabe destacar que el activismo judicial es el resultado de una transformación social-jurídica-filosófica a nivel mundial con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

En ese sentido, el Poder Judicial en la etapa previa al momento histórico señalado resultaba un mero aplicador mecánico de la ley, sin posibilidad de aplicar juicio de valor alguno en sus sentencias, enmarcado en métodos interpretativos determinados y un análisis lógico-formal de la ley al momento de aplicarla.

Todo ello, tenía implicancias concretas que podríamos explicitar en: a) el juez únicamente subsumía los hechos al derecho; b) inexistencia de derechos que no fueran reconocidos expresamente por la ley (en sentido formal); c) inconveniencia de aplicar saberes o prácticas que no fueran las jurídicas; d) el legislador como única fuente creadora del Derecho; e) ausencia de valor de la jurisprudencia; f) ausencia de análisis axiológico en las sentencias; g) búsqueda de seguridad jurídica a través de la aplicación mecánica de la ley por parte del Poder Judicial; h) idea de sistema jurídico completo y autoabastecido, entre otras.

Sin embargo, como fue demostrado a través de diversos autores de la Filosofía del Derecho el sistema positivista puro resultaba incompleto e insuficiente a la hora de aplicar el Derecho y encauzar el fenómeno jurídico.

Asimismo, prueba de ello fueron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, los sucesivos Tratados Internacionales, Organizaciones y Tribunales Internacionales y el reconocimiento de normas que contienen principios (como mandatos de optimización) y no solamente una estructura normativa de “antecedentes de hecho-consecuente jurídico”. Elementos que el pensamiento positivista en su faz pura no supo canalizar dentro de la teoría filosófica propuesta.

En ese marco, el Poder Judicial dejó de ser un aplicador mecánico de la ley, sin análisis axiológico en sus sentencias y operador de un sistema lógico-formal en el caso concreto del Derecho. Como consecuencia, ello dio mayor discrecionalidad a los jueces pudiendo ejercer el poder público que poseen atribuido con mayor amplitud de facultades.

En esa serie de reivindicaciones y puesta en valor del rol del juez, como señalara el maestro BERIZONCE, la conflictividad social fue llevada a los tribunales, obligando consecuentemente a los magistrados a fallar respecto a temas que involucraban cuestiones que no podían ser resueltas mediante el esquema anterior al Estado Constitucional de Derecho.

En dicho marco, y en relación al tema elegido, el Poder Judicial se encontró en la situación de dilucidar o juzgar cuestiones propias de políticas públicas. En el presente trabajo, se analizará el rol del Poder Judicial en aquellas sentencias condenatorias referidas a las omisiones inconstitucionales.

b) Omisiones inconstitucionales

Las omisiones inconstitucionales judicializadas parecieran ser el prototipo de intervenciones judiciales destinadas a determinar políticas públicas.

Prueba de ello, son varias sentencias que se verán y estudiarán en el presente trabajo.

Inicialmente debemos definir el concepto de omisión inconstitucional. En ese sentido, SAMMARTINO indica que las omisiones inconstitucionales consisten, generalmente, en la ausencia del dictado de actos de alcance general normativos que reglamenten leyes o derechos constitucionales y convencionales consagrados por el bloque de juricidad. Incluso, pueden consistir en omisiones materiales por parte del Estado que devengan en incumplimientos constitucionales o convencionales (Cfr. SAMMARTINO, Patricio Marcelo, *Amparo y Administración, en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, tomo I, 2012, págs. 655-671).

En el mismo sentido, Víctor BAZÁN define como omisión inconstitucional la “falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación totalo actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución” (Cita, BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, pág. 103).

Observando dichas definiciones pareciera ser que los requisitos necesarios para la configuración de las omisiones inconstitucionales son: a) Deber jurídico determinado y expreso (por normas operativas o programáticas) establecido por Tratados Internacionales, Constitución, leyes o reglamentos, de regular, reglamentar, conceder un derecho consagrado por dichas fuentes normativas. b) Ausencia de reglamentación o reglamentación contradictoria (de actos individuales o generales) de dichos de-

rechos, por parte del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo o Poder Judicial. c) Lesión o daño (cierto o inminente) ocasionado por la omisión o regulación contradictoria (de actos individuales o generales). d) Imputable a alguno de los Poderes mencionados precedentemente. e) Dicha inacción sea en un plazo de tiempo irrazonable. f) Ausencia de imposibilidad material o racional (irrazonable o irrazonable económicamente) de dictar la reglamentación (de actos individuales o generales) por parte del Estado.

Definido conceptualmente y enumerados los requisitos propios de las omisiones inconstitucionales, queda por dilucidar el tipo de control que pudiera ejercer el Poder Judicial. Dicha cuestión será analizada en el capítulo siguiente a partir de la reseña de sentencias actuales emanadas de la CSJN.

c) Análisis jurisprudencial

En el marco de lo expuesto, nos encontramos con el fallo “Villareal” de fecha 30/12/2014, por el cual la CSJN ordenó restituir los fondos aportados por el actor en concepto de “aportes jubilatorios voluntarios” (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Villarreal, Mario Jesús c/PEN-PLN y MAXIMA AFJP s/amparo”. 30/12/2014).

Para así decidir, el Máximo Tribunal señaló que el actor (jubilado en el año 2007) interpuso acción de amparo contra el PEN, PLN y la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones “Máxima AFJP” a los fines de que no se disponga de los fondos aportados en concepto de aportes voluntarios.

En el mismo sentido, el actor alegaba que se hallaba encuadrado en la ley 24.241 al momento de jubilarse.

Sin perjuicio de ello, la CSJN al analizar el caso, realiza un exhaustivo análisis de la normativa en juego (tanto

la ley 24.241 como su sucesora 26.425 y normativa reglamentaria del Poder Ejecutivo).

Allí es donde los magistrados indicaron la configuración de la omisión inconstitucional por parte del Poder Ejecutivo. Mientras que el artículo 6 de la ley 26.425 indicaba “Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de ‘imposiciones voluntarias’ y/o ‘depósitos convenidos’ y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad. El Poder Ejecutivo nacional dictará las normas pertinentes a esos fines”, el Poder Ejecutivo en ningún momento determinó dicha situación a pesar de haberse dictado las Resoluciones 290/09, 134/09, 16/10 y 184/10.

Más aún, nunca se publicó en el Boletín Oficial las AFJP reconvertidas inscriptas en el Registro Especial de Administradoras de Fondos de Aportes Voluntarios y Depósitos Convenidos (AFAVyDC), viéndose impedido el actor de ejercer el derecho a elegir la opción que otorgaba el cuerpo normativo reseñado.

Frente a dicha situación es que el actor se vio obligado a iniciar el amparo a los fines de que la Justicia declare la omisión inconstitucional, para luego resolver su situación jurídica.

Así las cosas, el Tribunal consideró procedente declarar la omisión inconstitucional en la reglamentación de la ley 26.425. Resulta trascendente a los fines del presente trabajo, que el Tribunal como parte de la condena por dicha omisión reglamentaria, ordenó “*la devolución de*

los fondos oportunamente depositados como única manera de enmendar la situación de omisión”.

Otro fallo en el cual la CSJN consideró configurada una omisión inconstitucional es el caso “Patteter”.

En el marco de dicho proceso, el actor promovió acción de amparo debido al reducido importe que fue abonado en concepto de la prestación por desempleo.

Adentrándose en la cuestión, la CSJN inicia el voto observando los fundamentos de la ley de empleo (24.013), extrayendo de los mismos que las finalidades de la prestación de desempleo son: “una renta mensual, prestaciones médico-asistenciales y el pago de las asignaciones familiares (art.119)”.

Posteriormente indica que en el artículo 118 de la normativa expuesta, se ordena que “La cuantía de la prestación por desempleo para trabajadores convencionales o no convencionales será calculada como un porcentaje del importe neto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador en los seis meses anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación de desempleo. El porcentaje aplicable durante los primeros cuatro meses de la prestación será fijado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. Del quinto al octavo mes la prestación será equivalente al 85 por ciento de la de los primeros cuatro meses. Del noveno al duodécimo mes la prestación será equivalente al 70 por ciento de la de los primeros cuatro meses. En ningún caso la prestación mensual podrá ser inferior al mínimo ni superior al máximo que a ese fin determine el mismo Consejo”. Asimismo, el 135 inciso b dispone “Créase el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil con las siguientes funciones: b) Determinar periódicamente los montos mínimos

y máximos y el porcentaje previsto en el artículo 118 correspondiente a los primeros cuatro meses de la prestación por desempleo”.

De dicha normativa se observa lo trascendental que resulta la actualización que deberá efectuar el Consejo Nacional de Empleo, a los fines del cálculo mencionado. Es decir que los dos ejes de la normativa legislativa son: el porcentaje salarial del trabajo inmediatamente anterior a su desvinculación del trabajador y la actualización de dichos montos a los fines de mantener el valor económico de la prestación, acorde a un porcentaje de los últimos salarios percibidos.

Frente a todo lo expuesto, la CSJN considera configurada la omisión inconstitucional reglamentaria, debido a que la última actualización fue mediante el Decreto 267/06 que fijó el tope en \$400, siendo que el porcentaje que correspondía al actor (desvinculado en enero de 2013) según el artículo 118 de la ley 24.013 era de \$3.071 (teniendo en consideración que el salario de los seis meses anteriores era de \$ 3.937).

De lo analizado, el Máximo Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto 267/06 fundamentando en la omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo Nacional y en la “irrisoria e inequitativa...asignación por desempleo que le correspondía a la actora y desnaturalizó de esta forma el mecanismo de protección social”.

En otros fallos en los cuales la CSJN intervino a los fines de dirimir la competencia de diversos tribunales competentes, exhortó a los gobiernos federal y de la Ciudad de Buenos Aires a llevar a cabo las medidas necesarias para que el gobierno de CABA pueda ejercer de un modo pleno las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

En primer lugar, en el año 2015, mediante el fallo “Corrales” explicitó “Que en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supe-
ditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos”.

Posteriormente, frente al conflicto de competencia desatado entre el fuero nacional y federal en la causa “Nisman”, la CSJN ratificó lo expuesto en el decisorio de la causa presentemente citada al proclamar: “Ello se verifica en el presente por cuanto, conforme lo sostenido por esta Corte Suprema en la causa ‘Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/hábeas corpus’, (*Fallos*, 338:1517, voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda) ‘... a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales”.

Por último, en la sentencia “Bazán” al dirimir la competencia de la Justicia nacional y de la Ciudad, la CSJN (en su voto mayoritario) decidió (utilizando la potestad otorgada en el Decreto-Ley 1285/58, en el artículo 24 inciso 7) que dichas cuestiones de competencia serán dirimidas por el Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires cuando sean entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en la Ciudad de Buenos Aires.

Para así decidir, el Tribunal efectuó una reseña histórica normativa desde la reforma de 1994 hasta la actualidad con las diversas mandas constitucionales y convenios celebrados entre el gobierno federal y de la Ciudad a los fines de la transferencia de los fueros ordinarios. Incluyendo el mencionado fallo “Corrales”, con la exhor-

tación contenida en dicha sentencia. Concluyendo que los avances han sido mínimos de acuerdo al tiempo transcurrido.

En tal sentido, consideran los jueces de la mayoría que tal omisión en el cumplimiento de las mandas contenidas en el bloque normativo (constitucional, legal y reglamentaria) ha generado un “*desajuste institucional grave*”, provocando una distribución de los recursos públicos inequitativo al solventar las demás provincias el funcionamiento de la Justicia no federal en el territorio de la Ciudad.

Por todo ello, es que la mayoría considera procedente la aplicación del artículo 24 inciso 7 del Decreto-Ley 1285/58 y a partir de dicha normativa (ante la omisión en el cumplimiento del traspaso de la Justicia nacional a la Ciudad) considera que el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será quien dirima los conflictos de competencia entre los tribunales no federales con asiento en dicha Ciudad.

d) Conclusiones

A la luz del activismo judicial, las omisiones inconstitucionales y la jurisprudencia mencionada, observamos que dichas sentencias poseen un carácter activista, adentrándose en lo que se denominaban en otra época “zona de reserva” de otros poderes, cuestiones políticas no justiciables o dejando de lado la “autolimitación” del Poder Judicial al momento de juzgar.

Asimismo, el carácter operativo de las cláusulas constitucionales genera que el control por parte del Poder Judicial sea de un modo más estricto y de fácil escrutinio.

Sin embargo, hallamos distintos tipos de sentencias en la jurisprudencia reseñada condenatorias que pareciera

estar ligado también, al tipo de omisión inconstitucional que se trate. Veamos.

En la causa “Villareal”, la omisión inconstitucional surge evidente al momento de que el afectado no puede ejercer válidamente el derecho consagrado por la normativa legislativa debido a la ausencia reglamentaria del ejecutivo. Dicha situación configura lo que denominaríamos como omisión inconstitucional formal por parte del Ejecutivo al no reglamentar o reglamentar de un modo defectuoso una manda legislativa. Inclusive, exhorta al Ejecutivo a dictar la normativa reglamentaria de un modo acorde a lo establecido por la norma legal.

De tal modo, la Corte consideró que la condena debía ser restituyendolas sumas aportadas por el Sr. Villareal. Tal determinación abre una serie de interrogantes: i) ¿Todos aquellos en iguales condiciones que el actor y que judicializaran sus casos obtendrían del mismo modo dichos fondos?; ii) ¿Por qué no se exhortó al Poder Ejecutivo a reglamentar dicha normativa legislativa a los fines que el actor ejerciera su opción?; iii) ¿La Corte al llevar a cabo la devolución de los fondos, está cumplimentando la manda legislativa conforme las opciones otorgadas al actor por la ley?

En este sentido, pareciera ser que el Poder Judicial determina como política pública que todos aquellos en dicha situación y que judicializaran su caso, obtendrían la restitución de sus fondos (solución distinta a la dispuesta por la normativa -Ley 26.425-).

Observando el siguiente caso mencionado (“Patteter”), pareciera tratarse, al igual que el caso anterior, de una omisión inconstitucional formal por parte del Poder Ejecutivo al no actualizar los topes de la prestación por desempleo.

En ese marco, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 267/06 sin exhortar al Poder Ejecutivo a dictar una nueva reglamentación, ni estableciendo un nuevo tope.

Nuevamente esta situación trae a colación nuevos interrogantes: i) ¿Cuál es el tope actualmente?; ii) Al igual que el caso precedente. ¿Todo aquel que se encuentre cobrando la prestación por desempleo con dicho tope, y judicialice su caso, qué monto de la prestación será el otorgado?

De lo expuesto, se observa que la CSJN revalorizó como política pública el seguro de desempleo al indicar la inconstitucionalidad del Decreto que establecía el tope. Determinando de modo indirecto la coexistencia de 3 sistemas ante la eventualidad de una desvinculación laboral: régimen indemnizatorio de LCT, seguro de desempleo (con valor económico que permita hacer frente al periodo sin laborar) y programas de inclusión social/reinserción laboral.

Finalmente, respecto a los últimos casos en relación a los conflictos de competencia de la Justicia nacional y de la Ciudad, se reitera la configuración de una omisión inconstitucional formal, al no efectuarse el traspaso del Poder Judicial Nacional al Gobierno de la Ciudad.

En la primera sentencia, la Corte exhorta al cumplimiento de la manda del bloque constitucional y legal.

Como segundo paso, en el fallo “Nisman” menciona lo sentenciado en “Corrales” con la finalidad que la cuestión no pase desapercibida.

Sin embargo, en “Bazan” la mayoría considera que la demora en el traspaso deviene en una omisión inconstitucional formal al no llevarse a cabo luego de 25 años de la reforma la transferencia del Poder Judicial Nacional al de la Ciudad Autónoma. Provocando un desajuste económico financiero al solventar las provincias la Justicia

en la Ciudad Autónoma, con el agravante de no poder desarrollar de un modo pleno un Poder Judicial acorde a su territorio y potestades constitucionales.

En ese marco, hace uso de la normativa ya señalada y da solución de un modo concreto al determinar la competencia del Superior Tribunal de la Ciudad para dirimir los conflictos de competencia entre tribunales y juzgados no federales con asiento en la Ciudad.

En este punto cabe preguntarnos: i) ¿El Poder Judicial Federal se atribuyó competencias propias de los Gobiernos Federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al determinar dicha cuestión?; ii) ¿Frente a una primera exhortación incumplida por ambos estamentos gubernamentales, se ve posibilitado al Poder Judicial a dar solución directa a la cuestión? Como se observa, varios interrogantes deja planteado el presente fallo.

Al analizar los casos reseñados, se concluye que la configuración de las omisiones inconstitucionales resulta sencilla teniendo en cuenta la operatividad directa de las normas del bloque normativo. Sin embargo, la problemática se traspola al ámbito de las sentencias/condenas judiciales al configurarse.

Sin perjuicio de otros fallos con compromiso presupuestario más gravoso, en estos casos analizados, se observa que la CSJN en sus mayorías tuvo en miras el compromiso presupuestario al momento de sentenciar.

Respecto al caso “Villareal” se observa que en todo momento los magistrados destacan que los aportes efectuados por el actor debieron haber sido asignados a la Administración Nacional de Seguridad Social con el fin específico de mejorar el haber jubilatorio del actor o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones. Es decir, al ordenar la devolución de las sumas en concepto de aportes por el Sr. Villareal, no se afectarían hipotética-

mente otros recursos o fondos específicos del Estado. Ello sin perjuicio de redirigir la política pública mencionada en los párrafos precedentes.

En cuanto al fallo “Patteter”, tuvo en miras la mejora del monto otorgado por el seguro de desempleo, y al momento de tener en cuenta el origen de dichos pagos destacó lo dicho por la Cámara de Apelaciones de Paraná “...la solución no ponía en riesgo la sustentabilidad del sistema porque su financiamiento se integraba con aportes y contribuciones patronales, que eran calculados sobre salarios que se habían visto incrementados durante el período 2006-2013”.

De lo dicho se observa que la declaración de inconstitucionalidad del decreto que establecía el tope en \$400 tiene en miras que hay fondos del Estado para solventar dichos incrementos en el tope. Sin embargo, la CSJN pareciera abstenerse en determinar dicho monto y dejarlo librado al Poder Ejecutivo, respetando dicha potestad reglamentaria.

Finalmente nos encontramos con la triada de fallos respecto al traspaso de la Justicia Nacional al Gobierno de la Ciudad. Sin adentrarse en la cuestión presupuestaria en los dos primeros fallos, pero destacando (sobre todo en el primero) que el traspaso debería llevarse a cabo con las partidas presupuestarias pertinentes. En caso “Bazán”, la CSJN en su mayoría esboza un argumento presupuestario/equitativo en cuanto menciona lo “injusto” del sistema al obligar a las provincias a solventar un Poder Judicial Nacional existente únicamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma.

En conclusión, del activismo judicial, las omisiones inconstitucionales y el control judicial de las mismas denotan nuevos desafíos para el Derecho Constitucional/ Procesal y Filosofía del Derecho.

Finalmente, conforme lo expuesto en el presente trabajo, el objetivo a desarrollar es que el control sobre las omisiones inconstitucionales sea respetando la división de poderes, sentenciando y condenando de modo tal que las potestades otorgadas constitucionalmente a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial resulten acorde con la Carta Magna.

Bibliografía

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*. Ediar, Buenos Aires, Tomo I, 2001.

BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Turín, Giappachelli, 1979. Trad. al español de R. de ASÍS y A. G. GREPPI: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Debate, Madrid, 1993.

CANDA, Fabián, “El Órgano competente. Competencia y Capacidad. Conflictos Interorgánicos e interadministrativos. Deberes y Facultades del órgano”, en TAWIL, Guido (Director) *Procedimiento Administrativo (Cátedra de Derecho Administrativo-UBA-)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, Capítulo XVII.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Argentina, Tomo I, 2013.

COMADIRA, Julio Rodolfo, “Función administrativa y los principios generales del procedimiento administrativo”,

en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación -1863-1993*”, número especial de la Rev. de la P.T.N., Argentina, 1993.

CORVALÁN, Juan Gustavo, *Derecho Administrativo en transición. Reconfiguración de la relación entre la Administración, las normas y el Poder Judicial*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, Fontamara, México, tercera edición, 1993.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, Tomo I, 1999.

SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 2012.

SAMMARTINO, Patricio Marcelo, “El principio de competencia en el Estado constitucional de derecho contemporáneo. Alcance y límites” (Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral), RAP, Argentina, 2012.

SANTIAGO, Alfonso (h), “Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, vol. XIII: “Fuentes del Derecho Administrativo”, I.E.D.A, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, capítulo 1.

SUNSTEIN, Cass R., HOLMES, Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2015.

UCÍN, María Carlota, “La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad”, en II Congreso de Filosofía de Derecho para el mundo latino, Rio de Janeiro, Brasil, 2018 (consultado el 14/06/2020 en línea en:

<https://www.academia.edu>

/39258098/La_adjudicaci%C3%B3n_de_los_DESC._
Un_aporte_para_su_racionalidad).

UCÍN, María Carlota, “La necesaria tutela diferenciada de los DESC”, Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2009 (consultado el 14/06/2020 en línea en: https://www.academia.edu/26334926/LA_NECESARIA_TUTELA_DIFERENCIADA_DE_LOS_DESC. Apuntes

_sobre_la_funci%C3%B3n_remedial_del_Poder_Judicial).

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, Torino, S. p. a., 1992. Ed. en castellano, *El Derecho dúctil*, trad. de M. GASCÓN, Trotta, Madrid, 1997, segunda edición.

Legitimación material de la Ley 27.551: “De la expectativa a la necesidad de su reforma”

Por María Lis AMAYA

“Imponer condiciones excesivamente duras es dispensar de su cumplimiento” NAPOLEÓN I (1769-1821)

SUMARIO: I. Exordio.- II. Génesis de la Institución.- III. Ley 27551 y su impacto.- IV. Ley 27.737- Modificación a la Ley de Alquileres.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía

I. Exordio

El 1 de julio de 2020 entró en vigencia la Ley 27.551, denominada Nueva ley de alquileres, con fuertes promesas de mejorar una situación que, por aquel entonces, devenía de gravedad y/o crisis habitacional, de visible impacto.

Entre los argumentos de su sanción, de extensa envergadura, encontramos el cambio de gobierno, el aumento de precios de los alquileres por encima del índice inflacionario, grandes costos de renovación para los locatarios, ausencia de regulación en el sector inmobiliario, ofertas con altos fines especulativos, entre otras razones.

Es dable destacar que cuando una ley se contrapone con principios rectores que marcan la directriz de una sociedad, como la libertad de negociación establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, se produce un des-

equilibrio y por consiguiente, la pérdida de credibilidad.

En ese sentido, este trabajo pretende efectuar un análisis, no tanto desde un recorrido formal, sino desde un proceso material y su aceptación -con aciertos y/o errores- por parte de la sociedad que generó en la sanción de la reciente Ley 27.737 que reforma la Ley de alquileres.

II. Génesis de la Institución

El contrato de locación, comúnmente conocido como contrato de arrendamiento y/o alquiler constituye en sí mismo una obligación. Las *Institutas* de JUSTINIANO³⁰ (3.13 pr) definen a la obligación como un “vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de tener que pagar alguna cosa según el *ius* de nuestra *civitas*” (*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*). De ello, se desprenden aspectos importantes de la obligación como el constreñimiento (que no es otra cosa que la atadura del acreedor con el deudor) y *el debitum* (aquello que se debe, que pueden ser prestaciones de dar, hacer y prestar).

El contrato de locación⁹⁴, como manifestara anteriormente, es en su esencia una obligación y en la antigüedad para que una figura sea considerada un contrato, debía reunir cuatro elementos: a) Consentimiento, b) Tendiente a hacer nacer obligaciones, c) Nombre propio y d) Que esté protegido por una acción. En ese sentido, se lo define como “Contrato consensual por el cual una de las partes (locador) coloca en manos de otra (locatario) ya una cosa, un trabajo o servicios, mediando una cierta finalidad y

⁹⁴ *Locare*, es una locución latina que significa “colocar” y *conducere* “llevar consigo”.

a cambio de un precio (merces) fijado y determinado por las partes” (GAYO, 3.142 y ss; Inst, 3.24 pr. y ss; D. 19.2).

Se elaboró en esos lineamientos una tripartición de formas locativas, no propia del Derecho Romano, sino que fue producto del desarrollo teórico posterior, a saber: 1) *Locatio conductio rei* (arrendamiento de cosas) el locador entrega la tenencia de una cosa al locatario (conductor) para su uso y disfrute, y éste paga por eso un precio cierto en dinero. Ésa es la obligación principal del locador, que se resume en la expresión “*praestare conductori frui licere*” -prestar al locatario el disfrute lícito- Ulp., D. 19.2.9 pr. Asimismo, debe entregar la cosa en condiciones, para que pueda ser utilizada teniendo en cuenta las características de la cosa. Caso contrario, responde por los vicios que pueda tener y las reparaciones necesarias (Ulp. D. 19.2.19.1 y Ulp. D. Íd. 15.1; 19.2; GAYO D. íd 25.2). Desde la órbita del locatario, su principal obligación es pagar el alquiler por la cosa y usar la cosa conforme a la naturaleza y destino de la cosa. (*Diligentia in custodiendo* para los bizantinos; GAYO, 3.205-6; Inst. 3.24.5). Por otra parte, al finalizar la relación contractual, debe entregar la cosa locada. De lo contrario, el locador cuenta con la *actio ex locato*, para obtener la devolución de ella, respondiendo el locatario además por los daños causados (MARCELO, D. 19.2.48.1).

Con respecto al plazo de duración, se regía por lo que hayan determinado las partes; lo normal era establecerlo en 5 años para los fundos rústicos. Estaba permitido lo que se conoció como *relocatio tacita* (tácita reconducción) que no era otra cosa que continuar la relación contractual mediante el silencio al finalizar la relación locativa. El locador podía dar fin al contrato, si a) El locatariose haya conducido mal con la cosa locada (CARACALLA, C.4.65.3; año 214); b) Si necesitaba hacer reformas ne-

cesarias y urgentes a la cosa (C, *ibíd.*); c) Para sus propios usos (C, *ibíd.*); d) Cuando el arrendatario no ha pagado los alquileres por dos años (PAULO, D. 19.2.54.1; *ÍD.* 56 *Itps.*) A su vez, el locatario podía rescindir si a) No se entregó la cosa o se alteraron las condiciones de ella según lo convenido (PAULO D.19.2.24.4; GAYO, D. *íd.* 25.2, LABEÓN D. *íd.* 60 pr; b) Si el uso de la cosa representaba un temor justificado para el arrendamiento (ALFENO, D, *íd.* 27.1). Según una Constitución de ZENÓN (C.4.65.34) ambos contratantes podían rescindir unilateralmente la locación, pasado el primer año sin incurrir en el pago de la cláusula penal convenida. 2) Por otra parte, también existió la *Locatio conductio operis* (Locación de Obra). El locador es quien entrega la cosa, mientras que el conductor es quien debe realizar una obra (*opus*), entregando un trabajo ya terminado; así, construir una habitación o una casa, o reparar, o transportar cosas o personas (DI PIETRO, p. 394). 3) *Locatio conductio operarum* (Locación de servicios) Lo importante de este tipo contractual, es la prestación de servicios o trabajos por parte del locador. Es decir, el locatario paga un precio en dinero por el servicio en sí mismo del locador, no por el resultado como en el caso de la *locatio conductio operis*.

Como vemos, el contrato de locación romano es la fuente directa del contrato de arrendamiento y/o alquiler en nuestro Derecho argentino. Es decir, sentó las bases y principios generales de dicha Institución.

La doctrina definió al contrato de locación de cosas bajo los siguientes términos: “cuando una persona (locador) se obliga a entregar el uso y goce de una cosa durante un cierto tiempo a otra (locatario) que a su vez se obliga a pagar un precio en dinero” (BORDA, 2005).

Por su parte, el art. 1187 del Código Civil y Comercial de la Nación lo define como “Hay contrato de locación si

una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero”.

Se aplica en subsidio lo dispuesto con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa.

III. Ley 27.551 y su impacto

En el marco de políticas públicas paliativas en beneficio de los inquilinos, y ante la grave crisis habitacional, el Congreso de la Nación sancionó el 11 de junio de 2020, mediante Decreto 580/2020, la nueva Ley de Alquileres, siendo promulgada por el Gobierno Nacional el 30 de junio de 2020, cuya vigencia operó a partir del 1 de julio del mismo año.

La citada Ley introdujo cambios significativos en la materia, produciendo la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

Entre las reformas más indicadoras, es interesante destacar: a) El índice de actualización anual de los precios en base al índice de precios al Consumidor (IPC) y la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) que era elaborado y publicado por el Banco Central; b) El plazo mínimo de tres (3) años de locación; c) El importe de depósito de garantía que no podía ser superior al equivalente del primer mes de alquiler; d) Obligación del locador de registrar el contrato ante la AFIP; e) Pago de expensas comunes y extraordinarias e impuesto inmobiliario a cargo del locador, entre otras disposiciones.

Como dije anteriormente, esta Ley introdujo reformas al Código Civil y Comercial de la Nación pero sostuvo la aplicación en subsidio con respecto al consentimiento, precio y objeto del contrato de compraventa.

En esa línea, el consentimiento es un vínculo formado por oferta y aceptación, ambos términos de la voluntad negocial, manifestadas libres y válidamente donde una de las partes cede el uso y goce de una cosa y la otra paga por ello una suma de dinero.

Esta Ley, que produce una colisión entre el derecho a la renta y el derecho a la vivienda, vino a poner un freno en esa libertad de la voluntad negocial, generando un impacto adverso en una de las partes (locador) de la relación locativa -que ante un escenario inflacionario adverso- alquilar ya no era una opción como inversión a largo plazo. Sin adentrarme en cuestiones muy teóricas, para que una norma jurídica sea reconocida como legítima debe ser válida (emitida por un órgano competente), justa (dar a cada uno lo que le corresponde), y eficaz (seguimiento o acatamiento de la norma). Esta legitimidad se subdivide a su vez en legitimidad formal y legitimidad material. La primera, se entiende como el correcto proceder de los órganos estatales con respecto a todos los procedimientos y la segunda es aquella aceptación del pueblo creada en aprobación de la ley o de la actuación gubernamental.

En esa dirección, el curso natural de las cosas ha demostrado que la inflación vertiginosa, paritarias por debajo del aumento de precios, el casi nulo acceso a la vivienda, fueron las razones que generaron el descontento social, productor de la ineficacia material en su legitimidad y por lo tanto de la necesidad de una reforma.

IV. Ley 27.737- Modificación a la Ley de Alquileres

Recientemente, por el Decreto 533/2023, se promulgó la Ley 27.737 sancionada por el Honorable Congreso de la Nación el día 10 de octubre del corriente año.

Que viene entre otras cuestiones, a modificar disposiciones de la antigua Ley 27.751 de Alquileres, fuertemente controvertida, que produjeron el desequilibrio locativo.

Entre las variables más importantes, sustituyó el art. 1198 del CCyCN y determinó mantener los contratos con una duración de tres (3) años pero con el ajuste de precios a través de la fórmula Casa Propia, que se emplea en los contratos Procrear⁹⁵, con ajustes semestrales. Asimismo, los contratos deben ser suscriptos exclusivamente en moneda nacional y establece una serie de beneficios impositivos⁹⁶ para los propietarios que alquilan los inmuebles.

V. Conclusiones

Como vimos, el consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato. Ese acuerdo de voluntades, libre y válido, no puede ser fuertemente regulado por una Ley que, en principio intento palear con otros problemas de base, como el acceso a una vivienda digna. Está claro

95 Coeficiente conformado por la menor variación que surja de comparar el promedio del 0,9 de la variación del Coeficiente de Variación Salarial -CVS-, publicado por el INDEC y la variación del Coeficiente de Estabilización de Referencia -CER.

96 Los ingresos provenientes exclusivamente de la locación de hasta 2 inmuebles estarán exentos del pago del monotributo. En cuanto al impuesto sobre los bienes personales, la ley establece que estarán exentos del mismo los inmuebles destinados a locación para casa-habitación, con contratos debidamente registrados, cuando el valor de cada uno de ellos sea igual o inferior al monto establecido en el segundo párrafo del artículo 24 de la ley del impuesto, entre otros beneficios fiscales.

que la Ley 27.751 surgió como una necesidad social para proteger a la parte más débil de la relación (el inquilino), pero que, en los efectos, no generó el impacto esperado, el locador siempre va a querer cobrar un precio en dinero que le permita generar una ganancia -derecho a la renta-, y el locatario encontrar una vivienda digna temporal para hacer uso de ella -derecho a la vivienda-. Regular fuertemente esta relación, en un contexto social inflacionario y de pocas políticas públicas de acceso a la vivienda, devino en la necesidad eminente de su reforma.

En ese contexto, es la misma sociedad la que demuestra la eficacia de una norma.

Pecaría de ansiedad hablar sobre los efectos de la Ley 27.737, recientemente sancionada, que reforma la vieja Ley de Alquileres 27.751. Pero está claro que apunta a mejorar el desequilibrio construido en materia de alquileres.

El tiempo, el contexto social, y la misma sociedad marcarán el rumbo del devenir locativo y quizás en un tiempo, retome las líneas de este texto.

VI. Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (2015). Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Ley 27.551 (2020) Ley de Alquileres. Por la cual se modifica artículos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley 27.737 (2023). Modificatoria de Ley de Alquileres.

ARIAS CÁU, E. (2015) “El nuevo ámbito de aplicación del contrato de locación en el Código Civil y Comercial”. RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 171.

DI PIETRO, A., *Derecho Privado Romano* (2015). Abele-



do-Perrot, 2^a ed. 1^a reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

GARCÍA DEL CORRAL, I.L. (1898) *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Barcelona. Edición bilingüe.

PETIT, E. (2006) *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 3^a ed. Buenos Aires, Universidad.

¿Existe el delito de asociación ilícita?

Por Marcelo BOTINDARI

SUMARIO: 1. El tipo penal.- 2. Su constitucionalidad.- 3. Lesividad.- 4. Manifestación externa ¿delito autónomo, acto preparatorio o modalidad típica? - 5. Conclusiones

En este artículo trataré de abordar las características de tan apasionante y problemática figura que habita el Código Penal, cuestionada vehementemente por grandes juristas, sufrida por muchos justiciables. Trasladaré mis grandes dudas sobre ella y su naturaleza. Si es un delito autónomo, un acto preparatorio o simplemente un modo comisivo.

Trataré de descubrir si la misma se ha escapado de su redacción y ha sido capaz de respirar por sí en la realidad, es decir dudará de su existencia misma.

1. El tipo penal

Dice nuestro Código Penal, en su artículo 210 que:

“Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

2. Su constitucionalidad

Resulta inevitable para una persona de derecho no rebelarse contra las injusticias que apareja la figura, aun-

que más no sea para dejar testimonio de las mismas y sin adentrarme en el análisis pormenorizado de éstas, pues ya excelentes autores han derramado la tinta de sus plumas.

Aun así, es palmario que la figura socava y contraría profundamente el principio de reserva consagrado constitucionalmente en el art. 19 de nuestra Carta Magna y que marca el ámbito de libertad de los hombres al decir que:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Lo cierto es que el legislador so pretexto de un peligro que no se manifiesta, adelanta intolerablemente la punición, castigando el hecho de tomar parte de esta asociación destinada a cometer delitos según su redacción, pero que debería ser inocua en la práctica empírica por carencia de manifestación externa.

Sus integrantes han celebrado en secreto ese pacto bajo el cual pertenecen, se unen, forman parte e inevitablemente *son*.

Y éste quizás sea su primer y más fuerte ataque a las libertades, la punibilidad por *ser*. Así consagra el tan repudiado y peligroso derecho de autor, aquel que dinamita los cimientos de la arquitectura jurídica del Estado de Derecho.

Como muchos antes que yo, me pregunto cuál es el peligro del concierto de voluntades de tomar parte, situación *-no acción-* que debería transitar en el ámbito de la intimidad, mas no en los pasillos tribunalicios.

Situación que por su entidad de tal, ni siquiera podría considerarse un acto preparativo de delito alguno, mas si lo fuera, exento de punibilidad.

Inexplicablemente aquí es donde se desata la punibilidad del Estado, él se adelanta inaceptablemente violando la intimidad y el principio de lesividad presupuesto de todo delito, descarga y justifica la misma en la mayor abstracción.

En ese sentido me apoya la postura mayoritaria de las bibliotecas que no ve en la figura que nos ocupa la posibilidad de tentativa. ¿Por qué? Esto tiene una explicación, no hay delito que sus integrantes comenzaran a ejecutar y que se haya frustrado por causas ajenas a la voluntad social.

Y aunque aisladamente ZIFFER considera la posibilidad en el caso de dos personas deseando celebrar el acuerdo y no tienen a una tercera, o de tercero inimputable, lo cierto es que las mismas se encuentran dentro del ámbito de reserva.

Material - y si se quiere - hasta probatoriamente, nunca traspasó la barrera de las ideas y el *ser*.

3. Lesividad

Adelanto mi postura en cuanto a este tópico, y es que la misma carece de la lesividad necesaria para proyectarla al mundo exterior y presentarse en sociedad.

Así, dice Santiago MIR PUIG que: “La razón primera por la cual se tipifica un hecho como delictivo es que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preferente. Este contenido es la base primera del desvalor objetivo del injusto. El tipo parte de la exigencia de un resultado (separado o no de la conducta) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Las causas de justificación parten de la concurrencia de situaciones que hacen desaparecer el significado negativo del hecho típico

porque lo hacen necesario para la salvaguarda de otros bienes jurídicos y principios superiores”⁹⁷.

La ilicitud de estas asociaciones las priva de contrato, inscripción y publicación en toda clase de boletín, y puedo imaginar la siguiente hipótesis:

Si al menos tres personas acuerdan en asociarse a fin de cometer delitos, lo cual sólo es conocido por las partes, es indudable que han incurrido en la figura típica, pues se ha perfeccionado el tipo objetivo.

Una vez esto, han diferido para un mejor momento el estudio, elección, factibilidad de los distintos delitos que la misma cometería a futuro y sólo permanecen así, formando parte, perteneciendo. Indudable e inevitablemente *siendo*.

Tal como está legislado, la asociación ilícita es un delito autónomo y la doctrina pareciera haberse pacificado en torno a que el mismo es de peligro abstracto. Así, el mismo se perfecciona con el concierto de voluntades de las partes que se integran para cometer delitos indeterminados, no siendo necesaria lesión concreta.

Si nos permitimos punir un delito sin lesión, so pretexto de un peligro abstracto que sólo reposa en el pensamiento de los reyes de antaño ante el miedo a las conspiraciones, y que se ha proyectado a nuestros días, desconocemos uno de los principios básicos de nuestra Constitución Nacional -el de reserva- y en virtud del cual ese acuerdo íntimo y secreto debería estar exento de la autoridad de los magistrados, pues tal principio marca el límite a partir del que el Estado está invadiendo el ámbi-

97 MIR PUIG, Santiago, “Significado de la imputación objetiva en Derecho penal” publicado en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica 2003.

to de libertad de las personas. Sin embargo lo inobserva, se adelanta y desata el castigo.

Todo ello sin adentrarnos en otros cuestionamientos como el posible doble juzgamiento en tanto acto preparativo.

Debemos convenir entonces en que un delito es esencialmente una acción, un comportamiento exterior, y el mismo lesiona un bien jurídico. De modo que no hay delito si el mismo no se manifiesta a través de este comportamiento lesivo por acción, claramente pertenecer, formar parte o en definitiva *ser* no lo es.

4. Manifestacion externa ¿delito autónomo, acto preparatorio o modo comisivo?

Es así que cuando tratamos de encontrar esta asociación, lo hacemos debiendo retroceder desde otro delito con el cual se concursa, derribando su pretendida autonomía típica. Y es que probando -más bien identificando- el segundo de ellos, nos encontramos ahora y sólo quizás, con sus autores o partícipes, y que según su configuración recién vamos a dilucidar lo que hemos hallado, para adentrarnos en esa organización e interpelarnos sobre qué es, y cuál es su naturaleza.

Si nos encontramos con la figura que nos ocupa y realmente existe, o sólo vive en los renglones que equivocadamente el legislador instituyó como tipo autónomo y no son más que actos preparatorios no punibles, o tal vez una modalidad comisiva que debió legislar como agravante.

Como actos preparatorios en tal caso deberían ser impunes, a no ser que avalemos el doble juzgamiento, éstos ya estarán incluidos en el delito posterior con el que se concurse.

Resulta más que interesante observar los fallos en la materia, y es que las oscilaciones acerca de cuándo se dan los requisitos para que este concierto de voluntades pueda subsumirse en el tipo penal, son tan variadas que es prácticamente una atribución inevitablemente subjetiva y prácticamente intransmisible por los magistrados.

En el año 2013, en causa N° 27.730 caratulada “Pasqual, Félix Daniel, s/recurso de casación”, el alto Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires confirmó la sentencia de primera instancia en la que el imputado fue condenado por el delito de Asociación Ilícita sin el concurso con otros delitos, al menos en lo formal.

Citando jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia de la Nación, quiere y aún no logra echar luz al requisito de los delitos para los cuales se crea esta asociación al decir que “la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos (conf. C.S.J.N. Recurso de hecho ‘Stancanelli, Néstor Edgardo y otros s/Abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/Incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad -causa N°798/95”.

Continúa explicando cómo debe ser el acuerdo criminal para perfeccionar el tipo, y se apoya en lo resuelto por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, *in re* c.N°927, “Soliz, Medrano Pedro y otros s/Rec. de casación”, reg. N°142/97, rta.: 23/04/1997 que dijo que “La convergencia de voluntades hacia la permanencia de la asociación es lo que distingue la asociación ilícita de la convergencia transitoria -referida a uno o más hechos específicos- propia de la participación”.

Sigue fundamentando que “...La exigencia del artículo 210 del Código Penal de ‘tomarparte’ en la asociación como elemento subjetivo del tipo, requiere la prueba de

que existe coincidencia intencional entre los miembros sobre los fines de la organización, esto es, el propósito corroborable de cometer delitos indeterminados. En efecto, toda persona que integre la organización en calidad de miembro será alcanzado por esta figura, siendo requisito indispensable comprobar su ‘ánimo corporativo’, cohesivo y excluyente de ‘integrar’ la asociación...”.

Y profundiza tratando de diferenciar la participación criminal de la asociación ilícita con lo dicho por la C.C.C. Sala V, *in re* c.N°27.863, “Galeano, Martín”, rta.: 13/02/2006, la misma dijo que “...Queda claro que el acuerdo requerido no es el que versa sobre el modo de cometer los delitos, propio de la participación, sino el necesario para constituir una sociedad criminal de fuerte organización interna, que exige deberes de los integrantes hacia ella. Justamente, los elementos que hacen a la estructura objetiva son la organización interna que coordine a los miembros y de la cual surja la idea y voluntad delictiva...”, y en definitiva termina confirmando el fallo del inferior.

Si bien intentó explicar cómo debería ser esta organización, citando los antecedentes transcritos termina confirmando nuestra humilde postura.

Sostiene el tribunal que encontró probado el delito ya que “...ha mediado una voluntad común -duradera en el tiempo- entre los encausados en relación con una organización, cuya actividad principal consistía en perpetrar una serie indeterminada y progresiva de sustracciones, desguaces de vehículos mal habidos, y colocación en el mercado ilegal de automotores y autopartes a distintos compradores o reducidos, todo ello con apoyo de policías que favorecían o intervenían directamente en aquellas actividades con las que lucraban de modo permanente y habitual.

En el análisis de las conductas de Pascual y Fritzler se advierte un ánimo asociativo, de contribución participativa que ampliaba su potencialidad operativa individual para concretar las maniobras delictivas en el mercado ilegal de venta y reducción de automotores robados.

Hay que destacar que los testigos imputantes indican una relación de larga data, con particulares y policías involucrados, formando parte de una actividad con roles determinados, coordinada y repetida en el tiempo. El tribunal de la instancia interpretó, sin afectación de la lógica ni de la sana crítica, que no se trató de coincidencias sino de un acuerdo de voluntades, combinadas deliberadamente dentro de un designio común y en el período de varios meses hasta la iniciación de esta causa.

De la prueba incorporada puede asimismo advertirse el amplio conocimiento que ambos condenados tenían respecto de los mecanismos y modos de ubicar los rodados mal habidos en contraposición a lo declarado por el imputado haciéndose expresa alusión a vehículos, talleristas, informantes y al circuito ilegal del producto de la actividad del grupo.

Se evidencia entonces, que la práctica surgió desde la organización como una idea para perpetrar esos delitos, y no como algo individual de cada uno de sus miembros. Así decidieron sostenerlo en el tiempo para que la asociación criminal pueda concretar su particular programa, que necesariamente requería coincidencia intencional y el pleno conocimiento de cada uno de los aportes de los sujetos involucrados ante las distintas tareas de sustracción, reducción, desguace, colocación en el mercado ilegal y cobertura policial.

Ese acuerdo implícito puede resultar -como en el caso- incluso de actividades delictuosas realizadas en común por las mismas personas (conf. Ricardo C. Núñez,

“Derecho Penal Argentino, Parte Especial”, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, pág.184), no radicando el reproche en la mera reiteración de las conductas sino -por el contrario- en la voluntad ideológica de los planes individualmente considerados. En el caso del imputado Pascual, surge su participación como miembro, en tanto puede presumirse que su aporte resultó imprescindible a los fines del aseguramiento de los actos cometidos por los otros intervinientes”.

5. Conclusiones

Decíamos antes que sólo inferimos su existencia al retroceder desde otro delito concursado con ella, y ello tiene un total respaldo empírico.

El mismo fallo citado -como todos y absolutamente todos los antecedentes- encuentran esta convergencia de personas escrutando el *cómo*, es decir que surge del análisis del o los delitos pretendidamente concursados.

Reparemos en que no sólo halló a la misma en el *cómo* de los delitos de robo, desguace, reducción y venta de autopartes, sino también que al tratar de describir las participaciones encontró que el imputado al que le confirmó la condena, era miembro policial de la jurisdicción donde se cometían los robos, con lo cual valoró el conocimiento de cuándo se hacían los allanamientos, los movimientos policiales, etc. Pues sólo describió a un partícipe, primario tal vez si adherimos a la teoría de la escasez en el aporte.

Lo cierto es que la jurisprudencia y la doctrina no llegan con sus explicaciones, esmeradas por cierto, a derribar la idea de que todo lo que describen en sus fallos o fundamentaciones, no son más que el modo comisivo de un determinado delito.

Que la pluralidad de personas (no menos de tres), su modo de agruparse y distribuirse roles bajo una *affectio societatis*, podría ser razonablemente un agravante de determinados delitos si es la voluntad de legislar en ese sentido.

Para terminar, y más allá de las apasionadas y acaloradas palabras de la doctrina como de la jurisprudencia, la asociación ilícita no existe como figura autónoma.

La misma no ha logrado trascender y salir de las páginas del Código Penal, pues vive en los renglones de la descripción típica, al salir al mundo exterior respira con la ayuda de la doctrina y jurisprudencia.

El Derecho a la Educación para personas con discapacidad: consideraciones sobre su evolución en la Provincia de Buenos Aires a partir de un caso testigo desarrollado ante la Justicia contencioso-administrativa local y cambio de paradigma provocado

Por Lautaro Ezequiel PITTIER y Ricardo Germán RINCÓN

Presentación

El propósito de este trabajo es analizar la evolución de la mirada sobre la educación de las personas con discapacidad a raíz de la tensión generada al interior del sistema educativo bonaerense como consecuencia de la constitucionalización de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de las disposiciones que regían en materia de integración de “alumnos especiales”. Como veremos, la actitud valiente y decidida de dos familias secundadas por el servicio de asistencia gratuita de la UNLP fue respaldada por la firmeza con que la Justicia local resolvió la situación en primera y segunda instancia. Los derechos, si no se ejercitan, quedan en letra muerta y éste es un ejemplo de puesta en marcha y reconocimiento de derechos con proyección hacia el interior de nuestro sistema educativo local.

Palabras iniciales

Las personas con discapacidad constituyen el 10,2% de la población argentina y el 16% de la población mun-

dial. A lo largo de la historia, las personas con discapacidad han enfrentado múltiples barreras para el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad y, en la actualidad, continúan siendo discriminadas en diferentes ámbitos. Específicamente en lo relativo al ámbito educativo, se constata en las vivencias cotidianas relatadas por los discapacitados mismos o sus adultos a cargo (progenitores naturales, adoptivos o afines, tutores o curadores) que se sienten excluidas de las escuelas comunes y relegadas a recibir una educación segregada y de inferior calidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 26.378 y su consagración como Tratado con jerarquía constitucional (ley 27.044) ha obligado al Estado argentino -y concomitantemente a los Estados provinciales, municipales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- a adaptar sus normas, políticas y prácticas a sus postulados y a promover y garantizar a las personas con discapacidad el pleno goce de todos sus derechos fundamentales.

El artículo 24 del instrumento mencionado impone a los Estados la construcción de sistemas educativos inclusivos que valoren la diversidad y la eliminación de toda discriminación por motivos de discapacidad. Según esta norma, los Estados deben asegurar que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación, que reciban todos los apoyos y ajustes necesarios para aprender y participar en condiciones de igualdad y que puedan continuar su formación a lo largo de

toda la vida y ser miembros activos de las comunidades en las que viven.

En Argentina, a una década de la ratificación de la Convención, la educación inclusiva continúa siendo una deuda pendiente. En los últimos años, las personas con discapacidad y sus familias han alzado sus voces contra las situaciones injustas que enfrentan en el sistema educativo. Así, la temática ha logrado permear en el debate público e introducirse en la agenda de importantes medios de comunicación, que han documentado los diversos tipos de barreras a la inclusión, entre las que se encuentra la no emisión de títulos o la entrega de títulos de menor valor.

La Inclusión muchas veces es tomada como un sinónimo de integración. Pero no lo es. La integración educativa contempla que una persona con discapacidad pueda ingresar a una escuela “común” y que la dejen permanecer en ella. En cambio, la inclusión va mucho más allá. No es sólo el ingreso, sino que el sistema educativo le asegure el apoyo y adaptaciones necesarias para el acompañamiento de sus trayectorias escolares en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Cuando hablamos de inclusión en educación, hablamos de una “Educación para todos”, no sólo para las personas con discapacidad como usualmente se supone, sino una educación sin segregación o discriminación por etnia, género, nacionalidad, práctica religiosa, procedencia social, capacidades o características personales.

Por su parte, esta educación de calidad sin ningún tipo de discriminación -ya sea dentro o fuera del sistema escolar- que defendemos exige una transformación profunda de los sistemas educativos.

Un Sistema Educativo Inclusivo, se yergue como la iniciativa que propicia el establecimiento de una sociedad

inclusiva, pacífica y justa; en definitiva una sociedad en donde todos pueden participar, tener voz, decisión, y donde la diversidad es valorada y apreciada.

La verdadera inclusión va más allá del acceso a los niveles formales del sistema educativo, e implica perseguir el logro del máximo aprendizaje posible de cada sujeto así como el desarrollo de sus potencialidades. La inclusión así entendida supone un paso hacia adelante en la humanización de la sociedad en general y respecto del paradigma pretérito de la integración. Este último se contentaba con solamente asegurar el derecho de las personas con discapacidad a educarse compartiendo espacios con otra/os educandos en las escuelas comunes, mientras que con el paradigma de la inclusión se aspira a hacer efectivo para toda la población el derecho a una educación de calidad, preocupándose especialmente de aquellos que, por diferentes causas, están excluidos o en riesgo de ser marginados.

Cambio de paradigma en materia educativa

Recordemos que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPCD) en su artículo 4 establece las obligaciones generales por parte de los Estados. Éste dispone, a su vez, que es deber de los Estados signatarios adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la citada Convención.

También dispone que los Estados se comprometen a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, como

a su vez abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.

En la actualidad, la “Educación Inclusiva” en la Provincia de Buenos Aires, se rige por la Resolución N° 1664/17 de la Dirección General de Cultura y Educación (en adelante, DGCyE), que deroga la anterior Resolución N° 4635/11 de la DGCyE. Esta última resolución establecía los lineamientos para la “integración” de los “sujetos con discapacidad”, y a su vez resaltaba en su texto la palabra “limitaciones” y “capacidades”. Textualmente en el cuerpo de la resolución expresaba: “permitir que el alumno descubra sus propias capacidades reconociendo sus limitaciones”, palabras que en este contexto denotan una terminología y pensamientos basados en el anterior modelo y no en el modelo o paradigma actual (paradigma social de la discapacidad).

En cuanto a la certificación, establecía en su Anexo II que “La calificación, acreditación y certificación la realizará la Dirección que corresponda de acuerdo con las situaciones particulares de cada alumno y a lo pautado en el Acuerdo Pedagógico y en el Proyecto Pedagógico Individual”.

Respecto al tema central del presente trabajo, la homologación del título de nivel secundario, dicha Resolución expresaba que “los alumnos que con su Proyecto Pedagógico Individual cumplimenten los Contenidos del Diseño Curricular de Nivel Primario, recibirán el certificado de finalización expedido conjuntamente por el Nivel y la Modalidad y firmado por el Director e Inspector de ambas escuelas”, es decir, que aunque el alumno hubiera estado “integrado” en una escuela “común”, no recibía el mismo título que sus compañeros sin discapacidad.

Como se puede apreciar, dicha resolución no nos hablaba de “Inclusión” sino de “integración”, circunstancias que, como aludimos precedentemente, no son sinónimos ni equivalentes, y tampoco se corresponde con lo establecido por la Convención. Además, dicha normativa siempre estaba centrada en las limitaciones de la/os alumna/os, estableciendo que si el mismo no lograba los objetivos propuestos sólo sería consecuencia de su discapacidad o de sus características. No se impulsaba ninguna política superadora respecto de la discapacidad y el sistema parecía resignarse a aceptar que, fatalmente, el/la discapacitada/o no podría progresar más allá.

Con la nueva Resolución N° 1664/17 de la DGCyE denominada “Educación Inclusiva de Niñas, Niños, Adolescentes, Jóvenes y Jóvenes-Adultos con Discapacidad en la Provincia De Buenos Aires”, podemos apreciar, empero, cómo se comienza a tratar de adecuar nuestra legislación interna a la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad ⁹⁸. Desde el plano de los hechos, el gobierno de la Provincia de Buenos Aires comenzó a partir del año 2021 un proceso de designación de equipos de asistencia para las escuelas primarias y secundarias de la Provincia ⁹⁹ que se encuentra en proceso de ejecución y que se ha extendido a los establecimientos de gestión privada exigiéndoles la constitución de estos equipos denominados técnicamente EOE (Equipos de Orienta-

98 Por lo menos en materia de educación y en la Provincia de Buenos Aires.

99 <https://www.elldigital.com.ar/sociedad/crearan-mas-de-3-600-cargos-nuevos-para-los-equipos-de-orientacion-escolar-de-las-escuelas-bonaerenses/>.

ción Escolar) ¹⁰⁰.

Algunas piedras en el camino y su resolución conforme a derecho

Sin perjuicio de estos avances normativos, la cuestión también se ha judicializado y el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires debió entender en los autos “Parodi Lorenzo y otra c/Dirección General de Cultura y Educación s/Pretensión, Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos” (Expte. LP 19635/2018) resuelto por el Juzgado en lo Contencioso administrativo N° 4 del Departamento Judicial de La Plata.

Los actores de este drama resultaron ser dos jóvenes y sus familias: Flavia Consiglio y Lorenzo Parodi y su lucha generó un cambio de condiciones respecto a los formatos de los títulos de finalización de los estudios secundarios en la Provincia de Buenos Aires.

Flavia es una joven con síndrome de Down que terminó el secundario en la Escuela de Educación Media N° 21 de la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, en la cual cursó con adaptaciones curriculares. Al llegar a su último año le informaron que su título no sería homologable a pesar de haber completado su trayectoria educativa. Atento, que Flavia deseaba continuar sus estudios terciarios en el Profesorado de Educación Inicial, se veía impedida de hacerlo porque el título de educación secundaria es una condición esencial para el acceso a la educación superior.

100 Veáse al respecto la disposición 234 del año 2019 de la Dirección de Educación de Gestión Privada de la Provincia de Buenos Aires.

Dada la situación descripta, Flavia se contactó con la Clínica Jurídica de Derechos Humanos - Comisión Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y con su patrocinio, el día 8 de mayo de 2017, realizó un reclamo administrativo ante la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Frente a la falta de respuesta, el 15 de junio fue requerido su pronto despacho.

Al tomar conocimiento de la nueva normativa vigente en la Provincia de Buenos Aires -la Res. N° 1664/17 y sus anexos 1 y 2-, que habilita la entrega de títulos a los estudiantes que hayan cursado sus estudios con proyectos pedagógicos individuales, con fecha 9 de enero del 2018 presentó un nuevo reclamo solicitando se le entregue el título en condiciones de igualdad con sus compañeros, pero no recibió respuesta a su requerimiento. Esto motivó su decisión de recurrir a la Justicia en lo Contencioso administrativo.

Por su parte, Lorenzo Parodi es un joven con trastorno generalizado del desarrollo y en el año 2016 finalizó el colegio secundario en la Escuela Nuestra Señora del Valle, en donde desarrolló toda su trayectoria escolar (de primero a sexto año) y en donde cursó con las adaptaciones curriculares necesarias para garantizar su educación en igualdad de condiciones. Luego de concluir, la escuela le comunicó, en reiteradas oportunidades, que su título de finalización de estudios no sería homologable.

Ante la negativa del colegio, Lorenzo y su familia se contactaron asimismo con la Clínica Jurídica de Derechos Humanos - Comisión Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y con fecha 4 de abril del año 2017 presentaron ante la Dirección Provincial de Educación de Gestión Privada, dependiente de la Subsecretaría de Educación de la Provincia de Buenos

Aires, el correspondiente recurso jerárquico. La falta de respuesta hizo que el día 27 de abril interpusiera pronto despacho.

El día 3 de agosto del mismo año se le notificó que no habían resuelto la cuestión, pues continuaba en despacho desde el día 4 de mayo de 2017, notificación que no se le permitió firmar pese a estar presente y ser una persona mayor de edad interesada en el acto.

Al igual que Flavia, atento a la nueva normativa vigente en la Provincia de Buenos Aires la Res. N° 1664/17 y sus anexos 1 y 2, Lorenzo reclamó y reiteró su petición con fecha 9 de enero del 2018. Con fecha 26 de marzo de 2018, agotada la vía administrativa, los actores iniciaron el reclamo judicial que fue resuelto con bastante celeridad. En efecto, el 28 de diciembre de 2018 la magistrada, Dra María Ventura Martínez, falló a favor de la pretensión de los actores decidiendo 1º) Hacer lugar a la pretensión de restablecimiento y reconocimiento de derechos deducida por los actores, condenando a la Dirección General de Cultura y Educación a otorgar y entregar a los señores Flavia Consiglio y Lorenzo Parodi sus títulos secundarios homologados al nivel y certificado analítico, en igualdad de condiciones con el resto del alumnado, sin ninguna referencia discriminatoria (arts. 12 incs. 1º y 2º, 50 incs. 1º y 2º, y concs., CCA, resoluc. 1664/17; art. 24 CDPD).

El decisorio fue apelado por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires argumentando que la cuestión se había vuelto abstracta atento que con fecha 12/12/2018, se dictó la Resolución (RESFC-2018-4891-GDEBA-DGCE) sobre Titulación de Estudiantes con Discapacidad en la Educación Secundaria, firmada por el Director General de la Dirección General de Cultura y Educación, la cual dispuso que los estudiantes que egresaron del nivel se-

cundario con anterioridad al año 2016 con una Propuesta Pedagógica Individual que resultara en ajustes significativos en su trayectoria escolar, recibirán un certificado analítico en las mismas condiciones que el resto de los estudiantes de la escuela, incorporando así los principios emanados de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Para fundamentar el carácter abstracto del reclamo, el Fisco argumentó que dicha resolución, fue publicada el día 18/12/2018 en la edición N° 28423 del Boletín Oficial, es decir diez días antes del dictado de la sentencia de autos.

La Cámara trató la cuestión en el acuerdo del 08 de junio de 2021 y resolvió, según el voto de la magistrada Dra. Milanta, que no se hallaba controvertido ante la segunda instancia el derecho que asiste a los actores a que se les hiciera entrega de sus títulos secundarios homologados al nivel y certificado analítico en igualdad de condiciones con el resto del alumnado, conforme fuera ordenado en el pronunciamiento de primera instancia, el cual no había merecido críticas por parte de la demandada, sino que la cuestión a dilucidar -conforme llega a esta Alzada- se circunscribía a determinar si la resolución RESFC-2018-4891-GDEBA-DGCYE, publicada en el Boletín Oficial con fecha 18-XII-18, y acompañada al *sub-lite* por la Fiscalía de Estado el 15-II-19 había tornado abstracta la condena, en tanto, según afirmaba el apoderado del Fisco, había puesto fin al proceso con anterioridad al dictado de la sentencia. Luego, la magistrada consideró que no debía prosperar el argumento de la parte recurrente y en abono de su afirmación argumentó que de las constancias de la causa surgían que los actores habían debido instar la jurisdicción con el objeto de que se les “...entregue el título secundario, homologable al nivel, sin distinciones por motivos de discapacidad, y en

igualdad de condiciones al resto de los y las estudiantes sin discapacidad...” (v. demanda de fecha 26-III-18, fs. 35/54 vta.). Añadió que habiéndose sustanciado, tomado conocimiento la Asesora de Incapaces (fs. 57), se había presentado la Fiscalía de Estado procurando se desestimase la demanda en todas sus partes, acompañando, asimismo, el expediente administrativo ofrecido como prueba (fs. 74/88 vta.). De ese modo, admitida la intervención en carácter de *amicus curiae* de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y de la Dra. Pilar Cobeñas, la magistrada de grado procedió al dictado de autos para sentencia (fs. 273), despacho que fuera notificado en fecha 21-XII-18 (v. céd. en formato electrónico) y consentido por la demandada. Bajo estos parámetros, procede destacar que la resolución acompañada por la accionada en fecha 15-II-19 -esto es, con posterioridad al dictado de la sentencia- no resulta suficiente para considerar que la cuestión devino abstracta en forma previa al decisorio de grado. Lo expuesto, ponderando que durante el desarrollo del proceso la Fiscalía ha desconocido el derecho invocado por los actores -y cuyo pedido de reconocimiento suscitó la presente *litis*-, habiéndose limitado a sostener -recién en fecha 15-II-19- que la cuestión habría sido resuelta en sede administrativa, con el dictado del acto que dispuso: “Aprobar las pautas para la certificación y titulación de estudiantes con discapacidad en la Educación Secundaria, Educación Técnico Profesional, Educación Artística y Educación Adultos (Gestión Estatal y DIE-GEP)...” y “Aprobar el Modelo de ‘Informe de desarrollo de capacidades, saberes específicos y competencias adquiridas’...”. A ello agregó que si bien de la lectura de la resolución acompañada surgía que se habían aprobado las pautas para la certificación y titularización de estudiantes con discapacidad, ella no resultaba suficiente

para considerar que la condena ordenada en la instancia anterior hubiera perdido actualidad, en tanto, luego de analizar los antecedentes fácticos y el marco jurídico aplicable, se había condenado a la Dirección General de Cultura y Educación a entregar a los actores sus títulos secundarios homologados al nivel y certificado analítico en igualdad de condiciones con el resto del alumnado, sin ninguna referencia discriminatoria.

Concluyendo

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha adoptado el enfoque que hemos reseñado, específicamente, en el caso “Furlán y familiares vs. Argentina”. En su sentencia, el tribunal señaló que entre las barreras más comunes para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos, se encuentran las arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas y que “es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. *Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras*”¹⁰¹. En este sentido, la resolución tomada por el Poder Judicial de la Provincia

101 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Furlan y familiares Vs. Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 134. El destacado es propio.

de Buenos Aires de reconocer el derecho que asistía a Lorenzo y a Flavia motivó el cambio de política a nivel de la Dirección General de Cultura y Educación, generando un efecto inmediato sobre los estudiantes discapacitados y sus escuelas de pertenencia ¹⁰².

A modo de síntesis, el modelo social de consideración de la discapacidad preconiza que para alcanzar la plena participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad -incluido el laboral, el educativo y aun el deportivo ¹⁰³-, será el entorno -comprensivo de la sociedad y las instituciones- el que deberá adecuarse a la individualidad de cada sujeto, eliminando los obstáculos, las barreras y los prejuicios que impiden el ejercicio igualitario de los derechos. Al trasladar el foco de lo individual a lo social, es posible visualizar con toda claridad que son las culturas y las prácticas sociales arraigadas -y no la diversidad, de por sí valiosa- las que obstaculizan los derechos de las personas con discapacidad y las colocan en una situación de disminución y vulnerabilidad más allá de las propias limitaciones de los protagonistas. La adopción de un esquema de inclusión -superador del viejo paradigma de la integración- impone la necesidad de que los agentes se capaciten en la atención a las diferencias y abandonen la comodidad de la mirada simplis-

102 La Provincia de Buenos Aires presenta el sistema educativo más complejo de la República Argentina, con más de 4.000.000 de estudiantes contando desde el nivel inicial al superior y más de 20.000 servicios educativos. Dada su magnitud, es una referencia obligada para las demás jurisdicciones del país.

103 Puede consultarse la nutrida bibliografía producida al respecto por la Universidad de Extremadura

ta homogeneizadora. La verdadera materialización de la perspectiva de DDHH se da, así, desde la perspectiva de la integración.

La figura del abogado/a del niño, niña y/o adolescente

Por Juan Segundo RODRÍGUEZ

“-¿Cómo es que los grandes no comprenden a los niños?

- Esto es algo muy sorprendente para los niños: primeramente porque creen que los grandes saben todo, hasta el día en que, preguntando sobre la muerte, se dan cuenta de que los grandes o bien tienen miedo de hablar de la muerte o, si dicen la verdad, no saben nada acerca del tema...”
Françoise DOLTO, *Infancias*.

Introducción

Antes de empezar a hablar sobre la importancia de la figura del abogado del Niño, Niña y Adolescente (de ahora en más NNyA), es menester arracancar definiendo qué entendemos por derechos de los NNyA, siendo los mismos derechos fundamentales que tienen todos los NNyA independientemente de su origen étnico, nacionalidad, religión o género. Estos derechos están destinados a proteger el bienestar y el desarrollo de los mismos, garantizando que puedan vivir en un entorno seguro, saludable y educativo. Se encuentran garantizados por la Constitución Nacional y por diversos Tratados internacionales, incluyendo la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas así como la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, siendo la misma la principal normativa que garantiza los derechos de los niños en el

sistema legal argentino, y la importancia de contar con la representación letrada.

El ámbito de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) ha experimentado un cambio trascendental en las últimas décadas, marcado por la evolución normativa tanto a nivel nacional como internacional. Estos derechos se erigen como pilares fundamentales, protegiendo a los NNyA independientemente de su contexto sociocultural o económico. La salvaguarda de su bienestar y desarrollo se convierte en una misión vital para el sistema legal y la sociedad en su conjunto.

El reconocimiento de los derechos de los NNyA se extiende a múltiples ámbitos, desde la esfera familiar hasta la participación activa en procesos judiciales y administrativos. La comprensión de estas disposiciones legales demanda un análisis profundo de las leyes internacionales, donde Tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas establecen parámetros claros para garantizar la protección y participación activa de los NNyA en todas las decisiones que les conciernen.

Desarrollo

La función del abogado del niño no se limita a nada más ni nada menos que brindar asistencia técnica letrada o defensa técnica. Esta función está respaldada por una ley específica en la Provincia de Buenos Aires, la ley 14.568, que estableció la figura del abogado del niño en 2014. A pesar de que esta ley es clara, precisa y utiliza un lenguaje técnico no ambiguo, parece que, debido a patrones socioculturales arraigados, aún no ha sido completamente internalizada ni naturalizada por la sociedad, incluyendo tanto a los operadores jurídicos como

al público en general. Este fenómeno revela que, a pesar de los cambios paradigmáticos, persisten vestigios de las normativas anteriores a la Convención de los Derechos del Niño y las leyes internas.

Para comprender los fundamentos y sustento de la ley del abogado del niño, es esencial considerar los antecedentes normativos, tanto a nivel internacional como interno. A nivel internacional, la Convención de los Derechos del Niño, considerada la norma madre en este ámbito, establece en su artículo 12, incisos 1 y 2, los derechos de los niños a expresar sus opiniones y ser escuchados en todos los asuntos que les conciernan. Además, existe el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 también aborda el acceso a la Justicia para personas vulnerables, incluidos los niños, niñas y adolescentes. Las 100 Reglas de Brasilia también garantizan el acceso a la Justicia para personas vulnerables, incluidos los niños.

A nivel interno, la Constitución Nacional argentina es fundamental, ya que, según el artículo 31, las leyes y Tratados internacionales tienen la misma supremacía. En la reforma constitucional de 1994, se incorporaron los Tratados internacionales al bloque de convencionalidad, otorgándoles una jerarquía equivalente a la de la Constitución. En 2005, Argentina sancionó la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que incorporó las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, incluido el artículo 12 que garantiza el derecho a ser escuchado.

Este cambio de paradigma se refleja también en el Código Civil y Comercial argentino, que incluye disposiciones de textura abierta, proporcionando flexibilidad y adaptabilidad para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, este enfoque normativo, adoptado y reconocido en Argentina, se convierte en

un pilar fundamental para los abogados especializados en la defensa de los derechos de este grupo vulnerable.

La comprensión y aplicación de las leyes abiertas en el contexto legal no sólo constituyen una respuesta esencial a las cambiantes y complejas necesidades de la sociedad, sino que también proporcionan una base legal sólida para proteger a los individuos más vulnerables, especialmente a los niños, niñas y adolescentes. Estos individuos, al igual que cualquier otro ciudadano, tienen el derecho fundamental al acceso a la Justicia. Sin embargo, este derecho adquiere su pleno significado cuando se incorporan principios como el debido proceso y la participación activa en los procedimientos judiciales y administrativos.

El artículo 27 de la ley de 2005 establece garantías mínimas en procedimientos judiciales y administrativos, destacando la obligación de los organismos estatales de asegurar la protección de los derechos de los niños y niñas en cualquier proceso que los involucre. Este enunciado claro y prescriptivo subraya la necesidad de escuchar sus voces ante la autoridad competente siempre que lo soliciten. No obstante, es crucial no sólo escucharlos, sino también considerar seriamente sus opiniones y deseos en la toma de decisiones, como se establece en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

Una preocupación válida es la falta de registros precisos en las audiencias y reuniones legales que involucran a niños y adolescentes. Para garantizar la efectividad de las disposiciones del artículo 12, es esencial crear actas precisas y detalladas que capturen las opiniones y deseos expresados por estos jóvenes ciudadanos. Estos registros deben manejarse con confidencialidad pero también estar disponibles para la validación de los procedimientos judiciales.

Además, para asegurar la adecuada realización de estos derechos, es imperativo contar con asistencia letrada especializada en niñez y adolescencia. Esta asistencia letrada especializada no debería restringirse a una etapa específica del proceso legal, sino que debe ser un derecho continuo para los niños y adolescentes, permitiéndoles participar activamente en todas las fases del procedimiento, de manera similar a como un adulto puede hacerlo con la asistencia de su abogado. Esta inclusión activa y continua es esencial para un proceso legal genuinamente justo y efectivo para los menores de edad.

La transición hacia normativas de textura abierta en el ámbito legal refleja un reconocimiento creciente de las complejidades de la sociedad y la necesidad de flexibilidad en las leyes para abordar estas cuestiones de manera efectiva. Para garantizar el pleno acceso a la Justicia para los niños, niñas y adolescentes, es fundamental que estas leyes se implementen de manera completa y que se asegure la participación activa y significativa de los menores en todos los procesos legales, respaldados por una asistencia letrada especializada y comprometida con su bienestar y derechos.

Otro punto crucial en este contexto es diferenciar entre la función del abogado del niño y el asesor de incapaces. Mientras el asesor de incapaces conceptualiza el interés superior del niño desde la perspectiva del adulto y el Estado, el abogado del niño representa los intereses personales e individuales de cada niño, considerando sus circunstancias familiares, sociales y personales específicas.

El abogado del niño, como la voz del niño, debe empoderar al menor, permitiéndole expresar sus opiniones y deseos en un entorno respetuoso. La representación del niño debe ser respetuosa y considerada, reconociendo que los niños, niñas y adolescentes son personas con sus

propias experiencias y percepciones. Además, es imperativo informar al niño sobre su participación en el proceso legal, asegurando su comprensión y consentimiento.

Es relevante mencionar que esta ley se basa en principios fundamentales de derechos humanos y reconoce la diversidad de situaciones y contextos en los que se encuentran los NNyA.

El marco normativo argentino, en consonancia con los estándares internacionales, ha dado pasos significativos hacia la plena implementación de los derechos de los NNyA. La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, promulgada en 2005, sirve como un faro guía en este viaje. Esta ley no sólo establece garantías mínimas en procedimientos legales y administrativos, sino que también reconoce la diversidad de situaciones y contextos en los que se encuentran los NNyA, mostrando un enfoque inclusivo y respetuoso hacia sus derechos y necesidades individuales.

La importancia de la figura del abogado del NNyA en este contexto se vuelve aun más destacada cuando se consideran las complejidades emocionales y sociales que a menudo rodean a los casos que involucran a menores. La capacidad del abogado del NNyA para proporcionar orientación y apoyo en un entorno legal a menudo intimidante es invaluable. Además, este profesional debe ser un defensor apasionado y dedicado, luchando incansablemente por los derechos y el bienestar de sus jóvenes clientes.

Además de su papel en los tribunales, el abogado del NNyA tiene la responsabilidad de educar a la sociedad sobre los derechos y necesidades de los NNyA. La concientización pública y la sensibilización son herramientas cruciales para eliminar estigmas y prejuicios, crean-

do así un entorno más comprensivo y solidario para los NNyA.

Conclusión

Como operadores del Derecho, debemos ser la voz de los NNyA. Debemos considerarlos sujetos de protección y asegurar la aplicación garantizada de la ley. Esto implica no sólo escuchar sus voces, sino también considerar seriamente sus opiniones y deseos en todas las etapas del proceso legal. Para lograr esto, es fundamental contar con una estructura procesal integral que involucre a todos los operadores jurídicos capacitados y formados en esta materia, permitiendo así cumplir con el principio del interés superior del niño de manera concreta y efectiva.

En un mundo en constante evolución, donde los desafíos que enfrentan los NNyA son cada vez más complejos, la presencia del abogado del NNyA se vuelve indispensable. Este profesional no sólo representa a los NNyA en los tribunales, sino que también actúa como un agente de cambio social, abogando por una sociedad donde los derechos de los NNyA sean respetados y protegidos en todo momento.

La defensa de los derechos de los NNyA es un compromiso colectivo que trasciende las fronteras del sistema legal. Es una llamada a la acción para todos los ciudadanos, instándolos a ser defensores activos de los derechos de los NNyA en sus comunidades y más allá.

En última instancia, la figura del abogado del NNyA no sólo es esencial para el presente, sino también para el futuro. Al invertir en la protección y empoderamiento de los NNyA hoy, estamos construyendo un mañana donde cada niño, niña y adolescente pueda alcanzar su máximo potencial, contribuyendo así a una sociedad más justa y equitativa para todos.

Efecto de la ley de alquileres N° 27.551

La prórroga del contrato de locación: ¿una alternativa útil para inquilinos y propietarios de la ciudad de La Plata?

Por Camila PEREYRA

“El hogar es donde está el corazón y la principal escuela de virtudes humanas”.

William Ellery CHANNING

I. Introducción al tema

Vivimos inmersos en una sociedad en la que el mercado de alquileres es un componente fundamental en la dinámica económica y social, y en donde el contrato constituye el sistema nervioso de la economía, representando junto con el derecho de propiedad, los pilares en los que se apoya la construcción del patrimonio de cada persona.

Una de las problemáticas reales más frecuentes y que afecta a la comunidad íntegra es la de la vivienda, debido a las imposibilidades económicas de adquirir un inmueble por cuenta propia -afectado por constantes subas de precio en un contexto inflacionario- y en donde también resulta dificultoso conseguir inmuebles para alquilar.

Si bien lo mencionado precedentemente es una problemática que afecta a la población a nivel nacional, el presente artículo se circunscribe a personas que habitan en la ciudad de La Plata, teniendo como eje la Ley de Alquileres N° 27.551.

La misma comenzó a regir a partir del 1 de julio del año 2020, siendo de aplicación obligatoria para todos los contratos que se hayan celebrado con posterioridad a dicha fecha y manteniendo una vigencia de 3 años, cumpliendo de esta forma, un ciclo de alquiler. Decimos “ciclo de alquiler” ya que en julio del 2023 -3 años después- se dieron los primeros vencimientos de aquellos contratos con esta normativa.

Sin embargo, es a la actualidad que la norma fue modificada -no en su totalidad- en octubre de corriente año, dando origen a la Ley N° 27.737.

II. Contexto actual del mercado de alquileres en la Ciudad de La Plata

Actualmente, el mercado de alquileres en la ciudad se encuentra condicionado por diferentes factores -personales, económicos, sociales- que dependiendo de la calidad que se revista: inquilino, propietario, corredor/inmobiliaria, se transforma con constantes mutaciones.

En el caso de los inquilinos de la ciudad, se les hace cuesta arriba afrontar el pago de los gastos que derivan en el alquiler de un inmueble. A su vez, se le adiciona la existencia de problemas de oferta, puesto que del otro lado de la vereda -no menos importante- se encuentra el interés económico del propietario, a quien no le es rentable alquilar un inmueble y tener que mantener un mismo monto de dinero durante doce meses, para luego -sobre ese monto devaluado- aplicar el interés correspondiente. Por lo que muchos son los propietarios que deciden no renovar los contratos de alquiler -saliendo del mercado- y poner en venta sus inmuebles por la baja rentabilidad.

Por otro lado, en el caso de las inmobiliarias de la ciudad, resulta importante destacar que su intervención comienza a peligrar cada vez más, siendo poco a poco apartadas en las relaciones contractuales entre propietarios e inquilinos. Esta circunstancia se debe a que las personas filtran su búsqueda con propietarios directos para evitar primeramente tener que afrontar con gastos extras como ser: honorarios, gastos administrativos, etc. O también, por la facilidad de evadir el cumplimiento de la ley, mediante contratos carentes de formalidades con el propietario del inmueble.

Por ello, la realidad del mercado de alquileres es sumamente compleja y en concordancia con lo manifestado por el Director de Reporte inmobiliario, José Rozados, “es producto de una cuestión macro: la inflación”.

III. La prórroga del contrato de locación

Definimos a la prórroga como la extensión del contrato de locación entre las partes, el cual se lleva a cabo al finalizar el período acordado inicialmente en el contrato y puede previamente negociarse antes de que finalice el plazo. En el mismo, se mantienen las mismas cláusulas del contrato anterior, donde solo se modifica la fecha y el monto de la locación -evitando así realizar un contrato por nuevos 3 años y duplicar el valor-.

Estos casos, se dan en aquellas personas que desean continuar con el alquiler después de que expire el contrato, pudiendo ser la prórroga por un período específico, algunos meses adicionales, o incluso por tiempo indefinido.

Además, los términos de la prórroga, deben acordarse por ambas partes antes de que finalice el período inicial del contrato.

Según las palabras de Lucas Bergó¹⁰⁴, “Está siendo una de las principales alternativas buscada por los propietarios y los inquilinos porque esto representa una solución temporal a la crisis en materia de alquileres. La mayor parte de los propietarios no quiere renovar su contrato en las condiciones sin lógica de la ley de alquileres actual y estas prórrogas buscan dar al inquilino más tiempo para buscar algún otro inmueble para mudarse, a la vez que da tiempo a la expectativa que pueda modificarse la ley actual”.

IV. Acerca de la opinión de quienes son parte de un contrato de locación

Para tener datos ciertos de algunas personas que -en su calidad de Inquilino/Propietario/Corredor/Inmobiliaria- celebra contratos de alquiler en el día a día, creímos conveniente realizar una breve encuesta virtual y anónima a algunos ciudadanos de la ciudad de La Plata, a los fines de saber qué piensan, y más específicamente, sobre la decisión que adoptan ante la finalización de un contrato. Todo ello a fin de obtener diferentes puntos de vista sobre la Ley de Alquileres N° 27.551 y las diversas alternativas adoptadas por quienes finalizan sus contratos.

V. Encuesta a ciudadanos de la ciudad de La Plata

A continuación, se explica el contenido de la encuesta. Prima facie, aplicamos previamente un filtro, desti-

104 Lucas Bergó es el actual Presidente de la Cámara de Corredores Inmobiliarios de Córdoba (Cacic).

nando la encuesta únicamente a personas que revistieron o revisten la calidad de Inquilino/a, Propietario/a y/o Corredor/a Inmobiliario, o Inmobiliaria. Siendo todos ellos agentes claves que enriquecerán el presente artículo, permitiéndonos valorar la postura que adoptan y desde el lugar en que lo hacen.

En el segundo punto de la encuesta, presuponiendo que existe un contrato de locación suscrito, establecimos tres opciones posibles a los fines de dilucidar bajo qué normativa se rigió su contrato: 1) Ley 27.551 (Rige a partir de julio del 2020), 2) Ley 27.737 (Rige a partir de octubre de 2023) y 3) Normativa del Código Civil y Comercial (Rige antes de julio 2020).

Luego, creímos conveniente considerar la posibilidad de consultar si lograron finalizar con la totalidad del plazo del contrato, es decir si lo pudieron cumplir o no.

En el cuarto punto, pusimos en conocimiento a todos los participantes acerca del concepto de *Prórroga* y de *Renovación*, evidenciando las diferencias entre estos dos, en el marco de un contrato de locación. Estableciendo las siguientes opciones posibles: 1) Renovaste el contrato, 2) Solicitaste una prórroga y 3) Otras. Debiendo cada participante justificar su respuesta en el siguiente punto.

La siguiente pregunta fue ¿Cuántas veces has suscrito una prórroga? Debiendo la encuestada seleccionar su respuesta dentro de las siguientes: 1) Ninguna, 2) 1, 3) 2, 4) 3 y 5) más de 3.

La séptima pregunta se refería a si creía que la modificación de la ley de alquileres realizada recientemente la beneficiaba. Pudiendo responder por: 1) Si, 2) No o 3) Me es indiferente. Respuesta también que debía justificar luego en la siguiente y última pregunta.

VI. Acerca de los resultados de la encuesta

La encuesta fue realizada de manera virtual mediante un formulario, en el cual participaron cuarenta y nueve (49) personas que habitan en la ciudad de La Plata. Desde su lugar de Inquilino/a, Propietario/a o bien Corredor/a-Inmobiliaria, respondieron conforme su sentir, su experiencia y su día a día.

Los resultados que a continuación pasamos a detallar:

Participaron de la encuesta treinta y un (31) inquilino/as, diez (10) propietario/as y ocho (8) corredores/inmobiliarias.

De las cuarenta y nueve (49) personas encuestadas, cuarenta y dos (42) se rigen con la Ley de Alquileres 27.551, cuatro (4) con la Ley 27.373 (actualmente vigente) y tan sólo tres (3) personas con la normativa del Código Civil y Comercial. De ellos, treinta y nueve (39) lograron finalizar la totalidad del plazo del contrato mientras que diez (10) no.

Asimismo, veintinueve (29) fueron las personas que respondieron que solicitaron una prórroga del contrato de alquiler, mientras que diez (10) personas fueron las que respondieron que renovaron y cuatro (4) respondieron “otras”. Al pedirles que justificaran tal medida adoptada, nos encontramos con respuestas diversas pero con semejanzas.

Entre las respuestas de las diez (10) personas que *renovaron* el contrato de alquiler se encuentran expresiones tales como “*no encontré una mejor opción para alquilar*”, “*intenté asegurarme un lugar donde vivir*”, “*hay pocas ofertas*”, “*el mercado está muy complicado*”, “*es mayor la demanda que la oferta*”.

Todas estas afirmaciones -atravesadas por el miedo a la incertidumbre- denotan la imposibilidad de estas per-

sonas de intentar negociar o recurrir a una alternativa más equitativa. Vale decir, que aceptaron renovar el contrato de locación por comodidad, desconocimiento e incluso miedo.

En cambio, las veintinueve (29) personas que optaron por la prórroga, pusieron de manifiesto causales de índole personal, pero también aspectos externos como ser económicos, sociales e incluso políticos. Asimismo, detectamos que la totalidad de los propietarios, corredores e inmobiliarias -quienes poseen mayor conocimiento conforme su profesión- optaron por esta alternativa.

Entre tantas respuestas, encontramos diversas causales y varios puntos de convergencia entre sí.

Algunas de las justificaciones más significativas y representativas fueron expresiones tales como *“La prórroga en las inmobiliarias viene a dar tranquilidad al cliente porque no se pierde al inquilino”, “así se continúa con la ley anterior”, “Porque estoy esperando a ver si se modifica la ley o no”, “porque fue una sugerencia de la inmobiliaria”, “Me lo recomendaron y se lo pedí al inquilino y aceptó”, “Tomamos esa solución para que sea pareja”, “debido a la alta tasa de interés que le aplicaba al inquilino al finalizar el año”, “a pedido del martillero y de mutuo acuerdo”, “Fue lo que nos convenía a los 2 en ese momento”.*

De las personas encuestadas que realizaron una prórroga de su contrato de locación se desprende que las causales fueron diversas, pero que el fin último en sí venía en buscar una solución útil que permita beneficiar a ambas partes.

Por último, al consultarles si creen que la modificación de la ley de alquileres realizada recientemente los beneficia, nos encontramos con que la mayoría (30) de los participantes respondió que no, diez (10) afirmó que sí, y siete (7) respondió que le es indiferente.

Dicho esto, y conforme las respuestas, -más allá que los benefició o no de la actual ley- los fundamentos esgrimidos fueron netamente económicos.

Quienes eligieron que no, en su mayoría demostraron ser concordantes al manifestar entre otras: *“No, ya que la inflación es el grave problema”, “Porque no tiene en cuenta la tasa de inflación”, “Porque tengo que aplicar y calcular intereses todo el tiempo si no no me rinde”, “Considero que mi sueldo no se ajusta al aumento del índice de casa propia”, “Creo que empobrece más a los inquilinos que somos los débiles”, “Hay un desequilibrio económico entre inquilino y propietario que hace que nos veamos afectadas las inmobiliarias”, “De a poco genera que los propietarios saquen sus inmuebles de alquiler”, “Los montos son muy altos para que cada seis meses aumente”, “El sueldo de la gente no aumenta en ese plazo por lo tanto se hace imposible vivir así”.*

Mientras que entre las respuestas de los que creen que sí los beneficiaba, respondieron entre otras: *“Me protege frente a la posibilidad de que el mercado se unifique en condiciones a las que no puedo acceder, como pago en moneda distinta de la que percibo mis ingresos”, “Creo que si se puede acordar el incremento con el propietario es factible llegar a un acuerdo, hoy en día es imposible sostener un alquiler con los ingresos que tenemos”, “Considero que el ‘beneficio’ es que podés renovar cada 3 años y no estar como loco cada dos años buscando una vivienda”, “Creo que sí porque hay 4 aumentos anuales aunque mi miedo es perder a mis inquilinos de confianza”.*

VII. Conclusión

El efecto que la Ley de Alquileres N° 27.551 surtió en los contratos de locación, fue el de la puesta en práctica



de la prórroga como una manera de “estirar su vida legal”. Con lo cual su vigencia continuaría, claro está, pero en un contexto de coexistencia de ambas normas, y con el valor agregado de que el mercado de alquileres logró hallar una alternativa útil para inquilinos y propietarios que marca tendencia en la Ciudad de La Plata.

Olvido digital: ¿derecho o antídoto para proteger el honor?

Por Lucrecia CONTARDI GONZÁLEZ ¹⁰⁵

SUMARIO: 1. Resumen.- 2. Introducción.- 3. Derecho al honor y a la autodeterminación informativa.- 4. El derecho de supresión y la responsabilidad de los buscadores de internet. 4.1. Doctrina y jurisprudencia argentinas sobre el tema. 4.1 a) Corriente objetiva. 4.1 b) Corriente subjetiva. 4.1. c) Corriente pseudo-subjetiva.- 5. Derecho al olvido. 5.1 Origen del derecho al olvido. El caso “Costeja González”. 5.2. El derecho al olvido en Argentina: caso “Natalia Ruth Denegri”.- 6. Conclusión.- 7. Bibliografía

1. Resumen

El honor es un derecho fundamental reconocido desde antaño, tanto en la esfera individual como en lo colectivo. Sin embargo, el concepto de honor, la reputación, “lo que se dice de una persona”, se ha visto influido con el surgimiento de las tecnologías, la aparición de Internet, su masividad y el avènement de nuevos actores en su ecosistema que procesan millones de datos por segundo, como son los buscadores y las redes sociales.

¹⁰⁵ Abogada y Escribana- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-UNLP.

Profesora invitada en la Orientación Derecho Informático y la Protección de Datos Personales- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-UNLP.

2. Introducción

El honor es un derecho fundamental desde antaño, tanto en la esfera individual como en lo colectivo. Ya en la propia Antigüedad constituía una de las virtudes más valoradas.

Con el surgimiento del movimiento jurídico político denominado constitucionalismo liberal o clásico se configuró un nuevo tipo de Estado -conocido como Estado Liberal o de Derecho-, apareció la figura del ciudadano y, en consecuencia, se comenzaron a reconocer derechos naturales de los hombres por su sola condición de tal. Dichos derechos eran la vida, la libertad, el honor, la seguridad y la propiedad privada.

Según la lengua española, honor (honor, ōris.) es una cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo¹⁰⁶.

El honor comprende un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo. En el aspecto subjetivo, el honor se vincula con la autoestima y el aprecio que cada quien tiene sobre sí, mientras que el aspecto objetivo alude a la valoración que los demás tienen sobre uno.

No obstante, esa concepción inicial de lo que consideramos derecho al honor como derecho fundamental, garantizado por nuestra Constitución Nacional (artículos 29, 33 en conjunción con artículo 14, 16 y 18 CN), y en instrumentos internacionales de derechos humanos a los que nuestra República le ha consignado el rango de constitucionales -Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana

106 <https://dle.rae.es/honor>.

sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño-, fue mutando con el correr del tiempo y más precisamente con el surgimiento de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC's).

La tecnología -que todo lo impregna- ha irrumpido en el mundo de un tiempo a esta parte, implicando cambios estructurales a nivel globalización e información masiva, y avanza a pasos agigantados, conformando un nuevo modo de producir, pero también de relacionarse y de pensarnos como sujetos tecnológicos.

Es en este punto donde considero relevante el rol que han adquirido Internet, en general, y las redes sociales, en particular, en lo que hace al comportamiento de los sujetos de dichas redes, y cómo ello ha puesto en jaque a aquellas prerrogativas tradicionalmente concebidas, como el derecho al honor, intimidad, imagen, y libertad de expresión.

En ese sentido, deviene necesario un proceso de deconstrucción de aquello que entendemos protegido por estos derechos, como así también revisar qué herramientas jurídicas detentamos los individuos para defender y proteger nuestro honor, intimidad e imagen frente a los avances tecnológicos y el derecho de libertad de expresión circulante.

En el presente trabajo me propondré visibilizar, entonces, la relación entre el derecho al honor, intimidad, imagen, y la libertad de expresión de los medios masivos de comunicación (como internet), y las herramientas jurídicas que poseemos como sujetos titulares de esos derechos para garantizar cada uno de ellos, haciendo hincapié en si el olvido digital constituye un derecho o simplemente debe ser utilizado -en casos específicos-

como un antídoto, en pos de garantizar aquellas prerrogativas subjetivas.

3. Derecho al honor y a la autodeterminación informativa

De acuerdo a lo señalado en el acápite que antecede, según la lengua española, honor (honor, *ōris*) es una cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo.

El honor comprende un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo. En el aspecto subjetivo, el honor se vincula a la autoestima y al íntimo sentimiento que cada quien tiene sobre sí, mientras que el aspecto objetivo alude a la valoración que los demás tienen sobre uno, esto último dentro del marco de sociabilidad del ser humano.

Este doble alcance del concepto de honor que señala el Dr. Carlos MAYÓN, en su obra de Derecho Constitucional Argentino ¹⁰⁷, podemos decir se ha visto influido con el avance de las TIC's.

Sabido es que toda plataforma digital que esté conectada a Internet (blogs, redes sociales, mails, etc.) genera grupos de opinión que pueden -tranquilamente- incidir en la reputación de una persona, afectando tanto su crédito en sociedad como su imagen, dado que se da una suerte de revolución donde millones de personas opinan, comentan o critican tan sólo en cuestión de segundos.

Vinculado al derecho al honor, aparece el concepto de “intimidad online”. El comportamiento de los sujetos de

107 MAYÓN, C. A, *Derecho Constitucional Argentino*, 2023, Tomo II, pág. 365.

internet y las redes que, básicamente, se centra en exhibir y compartir su intimidad y subjetividad, pone en jaque ciertos aspectos tradicionalmente protegidos por el derecho a la intimidad y, en consecuencia, la afectación de la reputación y honor.

En función de ello, deviene necesaria e imprescindible la noción de autodeterminación informativa.

Conforme Pablo PALAZZI ¹⁰⁸, la autodeterminación informativa se definió por primera vez en una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en diciembre de 1983. En aquel antecedente se explicó que dicha facultad se relaciona con “(...) el libre desarrollo de la personalidad que (...) presupone en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección del individuo frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. (...) El derecho fundamental que garantiza de esta manera la capacidad del individuo principalmente para determinar la transmisión y el empleo de sus datos personales”.

En la actualidad, dado que las TIC's han irrumpido en el mundo posibilitando el procesamiento masivo de datos, incidiendo de manera exponencial en la construcción de la identidad de cada ser humano y en su reputación e imagen, la idea de autodeterminación informativa resulta determinante a efectos de repeler todo tipo de invasión indebida como así también la facultad de elegir cómo, dónde y hasta qué punto darse a conocer a terceros.

El concepto de autodeterminación informativa quedó plasmado en nuestro Derecho local, luego de la última

108 PALAZZI, P. A., *La protección de datos personales: doctrina y jurisprudencia*, 2021, Tomo 2, pág. 96.

reforma constitucional de 1994, cuando en el artículo 43 se incluyó la acción de hábeas data para investir a todo individuo del derecho de acceso, rectificación y cancelación de la información a ellos referida.

Por su parte, esta noción también se encuentra presente en la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326 (en adelante LPDP) cuyo artículo 1 sostiene: “La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”.

De ambos textos normativos se desprende que la autodeterminación informativa, tal como sostiene PALAZZI, refiere a la soberanía del titular de datos sobre la información a él referida. Y esa soberanía no sólo presupone garantizar el acceso sino también la facultad de rectificación y supresión.

El derecho a la cancelación o supresión se encuentra regulado en el artículo 16 de la LPDP y en la propia CN, que establece que procede en casos de falsedad o discriminación, dado que influye e incide negativamente en el honor y reputación de una persona.

Según Ricardo MUÑOZ, la autodeterminación informativa es el equivalente a lo que se ha denominado “libertad informativa”.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿cómo opera el derecho de cancelación y/o supresión de la información en los buscadores de Internet? ¿Existe responsabilidad por parte de ellos respecto del contenido que se viraliza? ¿Es lo mismo

derecho de supresión que olvido digital? En los siguientes acápite nos abocaremos a estos interrogantes.

4. El derecho de supresión y la responsabilidad de los buscadores de internet

Los buscadores de internet son servicios que facilitan enlaces a otros contenidos. Pertenecen al género motores de búsqueda.

Conforme sostiene Mario COVARRUBIAS JURADO¹⁰⁹, los buscadores brindan el servicio de información de URL, principalmente en dos modalidades, “página general” (*web search*) y “páginas con imágenes” (*image search*).

En cuanto al buscador de “página general”, el formato de la información brindada es el siguiente: 1. transcripción de extracto del texto de la URL cercano a las palabras allí contenidas que se identifiquen con el patrón de búsqueda; 2. indicación de la fuente del texto transcrito, es decir, de la URL.

En cuanto al buscador de “páginas con imágenes”, el buscador informa las URL de terceros que contienen al menos una de las palabras del “patrón de búsqueda”, las cuales a su vez también contienen imágenes. El formato de la información brindada es el siguiente: 1. reproducción en medidas tales como 3cm x 3cm aproximadamente de la imagen incluida en la URL cuya existencia se informa (a las que se llama “uñas de dedo pulgar” o, en inglés ojo); 2. indicación de la URL en que dicha imagen se encuentra. Es dable aclarar que la imagen así reproducida

109 COVARRUBIAS JURADO, M., *La responsabilidad civil de los buscadores de internet por contenidos de terceros en el Derecho Argentino*, 2017.

no tiene más utilidad que la de hacer saber qué URL la contiene, dado que no puede ser agrandada sin perder toda definición.

Finalmente, cuando nos referimos a los contenidos de las URL de terceros que son indexados por los buscadores, corresponde apuntar que aquéllos los desconocen debido a que se trata de una operación automática. Solamente pueden analizar ciertas palabras claves que se encuentran en los filtros.

En función de esta actividad que ostentan los buscadores de internet, y siguiendo la línea del autor COVARRUBIAS JURADO, es preciso cuestionarse: I.) ¿Existe responsabilidad de los buscadores de internet por los resultados de búsqueda que indexan antes de ser intimados en forma fehaciente a dejar de hacerlo? En su caso, ¿la intimación fehaciente debería ser judicial o privada? ¿Genérica o específica?; y II.) el servicio de búsqueda por imágenes que ofrecen los buscadores ¿implica un uso antijurídico de la imagen?

Es en este punto donde entra en juego un entramado de derechos fundamentales: el derecho al honor, la intimidad e imagen, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión, por otro.

En principio, se dice que los buscadores de internet no son responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre y cuando:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información a la que remiten o recomiendan es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización;

b) Si tienen conocimiento, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Argentina es un país acéfalo de legislación en materia de responsabilidad de buscadores de internet y, por consiguiente, carece de un marco legislativo que regule el

accionar de los proveedores de servicios de búsquedas, es decir, de los buscadores tales como Yahoo!, Bing, Google, entre otros.

No obstante la ausencia de legislación específica, sí ha de destacarse que ha habido diversos proyectos que han intentado regular esta situación. Tal es el caso del proyecto de la senadora nacional Liliana Fellner -Proyecto S-1865/2015-, y del proyecto del también senador nacional Federico Pinedo -Proyecto 946/2016-. Ambos luego fueron unificados por la Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión del Senado de la Nación Argentina, en octubre de 2016, y a la actualidad, cuenta con media sanción legislativa.

Sumado a ello, cabe hacer especial énfasis en que adolece también de una disposición específica que equipare los servicios de búsqueda por imágenes y de búsqueda de sitios en general. Lo cual, tal y como se verá al hacer un detallado análisis de la jurisprudencia nacional, lleva a varios magistrados a dar un tratamiento jurídico distinto a cada uno de dichos servicios de búsqueda en contradicción con los presupuestos básicos de responsabilidad civil y con lo dictaminado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Rodríguez, María Belén c/Yahoo! de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios”, *leading case* en la materia.

4.1. *Doctrina y jurisprudencia argentinas sobre el tema*

Al ingresar al plano de análisis doctrinario del tema en cuestión, a modo preliminar, corresponde recordar que, tal y como fue sostenido en el apartado anterior, no existen en nuestra legislación disposiciones específicas que regulen la actividad desarrollada por los buscadores y su consecuente deber de resarcir si la actividad de aquéllos provocara un perjuicio hacia terceros.

En función de ello, y advirtiendo la complejidad y la importancia del tema en cuestión, el análisis doctrinario cumple un rol trascendental a fin de interpretar la cuestión de acuerdo con el juego armónico que se plantea entre los derechos de jerarquía constitucional, las normas de Derecho interno e internacional que protegen la actividad de los buscadores y las herramientas que proporciona la teoría general de la responsabilidad civil.

Asimismo, el rol de la doctrina se ve potenciado no sólo por la inexistencia de un marco normativo propicio sino, principalmente, por la existencia de jurisprudencia contradictoria.

4.1.a) *Corriente objetiva*

Tiene lugar cuando la actividad de los buscadores es riesgosa. Estuvo regulado en el antiguo artículo 1113 del Código Civil de VÉLEZ, y actualmente se encuentra contemplado en el artículo 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual reza “toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva (...)”.

En ese sentido, cabe recordar que una actividad es riesgosa -según PIZARRO¹¹⁰- cuando por su propia naturaleza o por las circunstancias en que se realice genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas. Y, en efec-

110 PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Parte especial*, La Ley, T. II, págs. 161 y ss.

to, debe ser responsable quien facilita la comisión de esa acción riesgosa (en el caso puntual los buscadores).

Al respecto, cabe destacar que uno de los principales exponentes de este pensamiento es Guillermo BORDA quien afirma que “los buscadores desarrollan una actividad que tiene una autonomía dañosa y que consiste en el hecho de la propia potenciación de los daños. A las empresas de búsqueda no se les imputa el hecho de la información de los terceros sino la organización de un sistema que sirviéndose de aquéllos intensifica la producción de los daños” ¹¹¹.

-Caso “Krum, Paola Andrea c/Yahoo Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios” ¹¹².

El 31 de agosto de 2012 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revocó una sentencia de primera instancia y condenó a los buscadores Google y Yahoo a indemnizar a Paola Krum por daño moral ocasionado porque su imagen se encontraba relacionada a sitios webs de contenido sexual, erótico y pornográfico que aparecían en los resultados de búsqueda.

La sentencia ordenó a los buscadores eliminar en forma definitiva de sus respectivas páginas de resultados de búsqueda, la imagen y/o nombre de la actriz, vinculados con sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico, ofertas de sexo y similares, con excepción de aquellos medios que correspondieran a ediciones digitales de me-

¹¹¹ BORDA, G., “La responsabilidad de los buscadores en Internet por la vinculación de personas a través de páginas con contenido sexual”, DFyP, 2011.

¹¹² CNAC SALA J, 31 de agosto de 2012: “Krum, Andrea Paola c/Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/daños y perjuicios”.

dios de prensa, y a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen de la actriz en dichos buscadores.

Cabe destacar que en primera instancia el juez había rechazado la petición porque sostenía que a los buscadores de internet se les aplicaba un régimen de responsabilidad subjetiva y agregó que sólo puede existir culpa desde que el buscador tiene conocimiento efectivo de la infracción, lo que se configuraría como una notificación personal.

Sin embargo, en segunda instancia la Cámara no compartió este criterio y consideró que se trataba de una cosa riesgosa que, además, realizaba una actividad riesgosa. Los buscadores no sólo eran facilitadores de búsqueda, sino que también potenciaban el daño.

Asimismo, los jueces sostuvieron que, con dicha petición, no se busca violentar el derecho a la información ni los derechos de quienes resulten ser propietarios de los diversos sitios que introdujeron ilícitamente sus datos, nombre, o imágenes ni de los buscadores en tanto reproductores de tales sitios.

Se admitió el bloqueo genérico, como censura previa.

4.1.b) *Corriente subjetiva*

Esta doctrina sostiene que los buscadores de internet sólo son responsables si se configuran los factores de atribución subjetivo, como la culpa o el dolo, luego de la notificación fehaciente judicial o extrajudicial de la existencia de contenidos injuriantes ¹¹³.

Adiciona este autor, en lo que atañe al servicio de búsqueda de imágenes que prestan los motores de búsqueda, que esta corriente interpreta que el buscador se limita

113 COVARRUBIAS JURADO, M., cit.

a informar aquellos sitios de internet en los que se encuentran coincidencias entre las palabras clave ingresadas y las palabras contenidas dentro de los sitios que ya existen -pero que pertenecen a terceros- y que, además de contener dicha palabra clave, contengan imágenes, correspondan o no dichas imágenes a la palabra buscada. Como se observa, la verificación que hace el buscador no se relaciona con la fisonomía del sujeto, sino con el texto que ingresa el usuario.

A su vez, sostienen que las imágenes que muestran los resultados de búsqueda aparecen en formato reducido, indicando el autor o dueño de la imagen y luego la dirección de la página donde se aloja el retrato.

En esta corriente hay que distinguir:

- a) Obrar antes de la noticia del afectado;
- b) Obrar ante una orden autoridad competente (ley española) o judicial (caso argentino).

Llegado el caso, y siendo evaluado por el juez, se puede peticionar el bloqueo de los sitios, para lo cual el actor deberá indicar cuáles de ellos específicamente le resultan perjudiciales.

-Caso “Rodríguez, María Belén c Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios” ¹¹⁴.

La actora María Belén Rodríguez inició acciones legales contra Google y Yahoo en concepto de daño material por uso de la imagen y daño moral por violación del derecho a la intimidad. Asimismo, solicitó que se ordenara a las empresas el cese definitivo del uso antijurídico de la imagen no autorizado, como así también la eliminación de su imagen y nombres de los sitios de contenido sexual,

¹¹⁴ CSJN, 28 de octubre de 2014, “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. y otro s/daños y perjuicios”. Id SAIJ: FA14000161.

erótico y pornográfico, por lo que la afectaba en su reputación y honor.

En este fallo, el Juzgado Nacional de Primera Instancia, al dictar sentencia definitiva, adhirió a la doctrina subjetiva, entendiendo que el factor de atribución que se debía tener presente para juzgar la responsabilidad de los buscadores de internet era la culpa o el dolo. Hizo lugar al reclamo de la demanda toda vez que sostuvo que, pese a haber sido notificados los demandados en forma fehaciente del dictado de la medida cautelar, no dejaron de seguir informando en forma genérica sitios de contenido sexual. Por lo que vemos, entonces, se descartó la teoría del riesgo creado.

La Sala A de la Cámara Nacional revocó parcialmente el fallo, adhiriendo a la teoría pseudo-subjetiva. En esa oportunidad, adhirió a la corriente subjetiva en cuanto a la responsabilidad una vez notificados, pero se aparta de ella en relación a las *thumbnails* (que sí consideraron que implicaba una violación al derecho a la imagen).

Además, sostiene que las medidas cautelares genéricas son inconstitucionales en la medida en que afecten la libertad de expresión. Las órdenes judiciales que ordenen a los buscadores dejar de informar resultados de búsqueda deben ser específicas, indicando las URL que deben dejar de informar.

Por otra parte, rechazó la demanda contra ambos buscadores por el servicio de búsqueda de “página general” e hizo lugar al reclamo contra Google por el servicio de búsqueda de imágenes.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recayendo la sentencia el 28 de octubre de 2014.

La CSJN se expidió en relación a tres interrogantes:

1) ¿Existe responsabilidad de los buscadores de internet por los resultados que indexan, sin intimación previa,

por considerarse riesgosa su actividad? En su caso, la intimación ¿debe ser judicial o privada?

2) El servicio de búsqueda por imágenes que ofrecen los buscadores, ¿implica un uso antijurídico de la imagen de particulares?

3) ¿Son lícitas las órdenes judiciales genéricas que condenen a eliminar el nombre o imagen de un particular de los resultados de búsqueda?

En cuanto al primer interrogante, la totalidad de los jueces de la Corte Suprema afirmaron que la actividad de los buscadores de internet no puede ser considerada una actividad riesgosa. La CSJN sostuvo “condenar a un buscador por un contenido que no ha creado sería como sancionar a una biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, permitiera la localización de un libro de contenido dañino, so pretexto de ‘haber facultado el daño’”.

Ergo, para la CSJN el caso debería encuadrarse bajo la responsabilidad subjetiva, por lo que los buscadores podrían llegar a responder por sus resultados luego de haber tomado efectivo conocimiento, cuando el damnificado les cursare una notificación privada o luego de una notificación judicial o administrativa.

Una vez notificado y tomado conocimiento, se reconoce la obligación de dar de baja el contenido mediante un “*sistema de notice and take down*”¹¹⁵.

Con relación al segundo interrogante, el voto mayoritario sostuvo que la reproducción de la imagen en forma

115 Sistema que implica notificar y eliminar es un proceso operado por servidores en línea en respuesta a órdenes judiciales o alegaciones de que el contenido es ilegal. El contenido es eliminado por el anfitrión siguiendo el aviso.https://en.wikipedia.org/wiki/Notice_and_take_down.

de *thumbnails* a través de los servicios de búsqueda de URL con imágenes implica el uso lícito de la imagen dado que no corresponde aplicar criterios ni normas diferentes entre los buscadores generales y los de imágenes. Ambos enlazan contenidos que no han creado.

Por último, respecto del tercer interrogante, el voto mayoritario estableció que las órdenes judiciales genéricas (medidas de tutela preventiva) resultan de carácter absolutamente excepcional toda vez que obligar a los buscadores a establecer filtros genéricos implicaría una censura. Ello revista una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Se inclinó más en este punto por la libertad de información que por los derechos personalísimos. Se reconoció la libertad de expresión de internet y los buscadores.

De esta manera, la Corte Suprema instó a los tribunales inferiores a dictar medidas específicas, es decir, que indiquen al buscador los resultados de búsqueda que deberían dejar de informar (por afectar derechos de particulares).

-Caso “Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/daños y perjuicios”¹¹⁶.

La actora Carolina Gimbutas reclamó una suma de dinero en concepto de indemnización por daño material y moral causado por haber sido avasallados el derecho al honor, nombre, imagen, dignidad e intimidad al vincularla con páginas pornográficas, mediante la inclusión de su nombre en los resultados de búsqueda, y por no haber cesado en forma definitiva en el uso de su nombre e ima-

116 CSJN, 12 de septiembre de 2017: “Gimbutas, Carolina Valeria c/Google Inc. s/daños y perjuicios”. Id SAIJ: FA17000083.

gen personal hasta tanto le fue ordenado por vía cautelar en el proceso de hábeas data.

Sostuvo el uso indebido de su imagen con clara violación del artículo 31 de la Ley N° 11.723.

En primera instancia se rechazó la demanda. Sostuvo que no se configuraba una conducta ilícita imputable al buscador, toda vez que éste había sido diligente frente al requerimiento de eliminación de resultados de búsqueda, al dejar de informar determinados resultados.

Respecto de los *thumbnails*, se consideró que la notificación cursada a Google mediante carta documento no implicó conocimiento efectivo y, por ende, no generó responsabilidad por parte del buscador. El conocimiento efectivo fue tomado por el buscador cuando se dictó la medida cautelar en el expediente de hábeas data.

La decisión fue apelada, y la segunda instancia confirmó por mayoría la sentencia de primera instancia. Se compartió, por mayoría de votos, la doctrina del fallo “María Belén Rodríguez”, en cuanto a la naturaleza y alcance de la responsabilidad de la demandada en su carácter de proveedora de servicios de internet (comprensivo de los servicios web y de las imágenes).

Ante ello la actora dedujo recurso extraordinario. El caso llegó a la Corte Suprema y la misma confirmó, por mayoría, la sentencia que ya había rechazado la pretensión de la actora. En ese sentido, al CSJN ratificó la doctrina subjetiva de la responsabilidad de los motores de búsqueda por el servicio de búsqueda web; ratificó la licitud de la búsqueda de imágenes y la improcedencia del bloqueo genérico.

En definitiva, y a modo de conclusión, la Corte Suprema de Justicia ratificó la doctrina sentada en el caso María Belén Rodríguez.

-Caso “Mazza, Valeria Raquel c/Google Inc. y otro s/daños y perjuicios”¹¹⁷.

El caso de Valeria Mazza es similar a los anteriormente citados, Rodríguez y Gimbutas. La Corte Suprema nuevamente se expidió sobre el mismo punto, invocando los casos *ut supra* mencionados para hacer lugar a los recursos extraordinarios deducidos por los buscadores de internet y rechazar, de ese modo, la pretensión de la actora.

En ese sentido, la CSJN sostuvo que no medió incumplimiento por parte de las demandadas respecto de las medidas ordenadas con relación a los sitios de internet que fueron correctamente individualizados por la actora. En efecto no se advirtió una conducta negligente dado que ambas procedieron a bloquear los resultados de búsqueda denunciados que vinculaban el nombre de la modelo con páginas de contenido sexual o pornográfico.

Vinculado a lo relativo a su imagen se aplicó en este caso el mismo criterio respecto del texto, es decir, los buscadores responden si, una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaren con la debida diligencia.

4.1.c) *Corriente pseudo-subjetiva*

Esta corriente comparte todos los preceptos de la corriente subjetiva y rechaza la utilización de factores de atribución objetivos en lo que hace al servicio de búsqueda general o búsqueda de sitios.

117 CSJN, 24 de junio de 2021, “Mazza, Valeria Raquel c/Google Inc. y otro s/daños y perjuicios” Id SAIJ: FA21000145.

En relación a las imágenes sostiene esta escuela que si cuentan con baja resolución pueden ser apreciadas tranquilamente, por lo cual no cabe quitarles el mote de imágenes. En ese sentido, los buscadores no dejarían de editar, reproducir y compartir imágenes como un servicio propio para sus usuarios.

Para esta corriente, los buscadores crean una base de datos propia que las contiene y permite su búsqueda y visualización por los usuarios, sin necesidad de acudir a las páginas de terceros.

El uso de la imagen se sustenta en el artículo 31 de la Ley N° 11.723, el cual reza “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma (...) es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Caso contrario, tendría lugar un uso antijurídico de la imagen. Ello fue lo que sustentó el voto minoritario de Maqueda y Lorenzetti en el caso “Rodríguez, María Belén”.

5. Derecho al olvido

El derecho al olvido es la facultad que tiene un sujeto de que no se traigan al presente hechos verídicos realizados en el pasado, que no son conocidos socialmente en la actualidad, pero que al ser divulgados ocasionan un descrédito público.

Fernando TOMELO sostiene que “el derecho al olvido digital es el derecho que tiene una persona de requerir a un buscador de Internet (como Google, Bing o Yahoo!) que desvincule, desindexe o deje de relacionar su nombre

a determinados resultados de búsqueda que afectan su honor, su privacidad o su imagen personal”¹¹⁸.

Algunos autores -como Ricardo MUÑOZ¹¹⁹- afirman que este instituto no configura un nuevo derecho, sino que se desprende de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de la información, es decir, de la famosa autodeterminación informativa o libertad informática.

Sin embargo, es importante tener presente la distinción entre “derecho de supresión” y “derecho al olvido” u “olvido digital”, dado que el primero implica la facultad que le asiste a toda persona de solicitar se eliminen enlaces con textos o imágenes que pueden producirle un daño, cuando los intermediarios han sido notificados y hayan tomado conocimiento de la ilicitud -sea porque el dato es falso o discriminatorio o vejatorio del honor e intimidad- mientras que el segundo apunta a que la información o el dato ha perdido relevancia por el paso del tiempo, pero no es falsa ni su vínculo con el titular es ilícito.

5.1 *Origen del derecho al olvido digital. El caso “Costeja González”*

El origen del tema se da con un fallo del Tribunal Judicial de la Unión Europea.

El 5 de marzo de 2010, el Sr. Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos una reclamación contra La Vanguardia Ediciones, S.L., que publica un periódico de gran difusión, concretamente en

118 TOMELO, F., “El derecho al olvido digital”, en La Nación, 14 de mayo 2022.

119 MUÑOZ, R., *Internet*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2021.

Cataluña (en lo sucesivo, La Vanguardia), y contra Google Spain y Google Inc.

Esta reclamación se basaba en que, cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google (en lo sucesivo, ‘Google Search’), obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del Sr. Costeja González.

Costeja González solicitaba, por un lado, que se exigiese a La Vanguardia eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos. Por otro lado, solicitaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia.

En este marco, el Sr. Costeja González afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) desestimó la reclamación contra La Vanguardia, al considerar que la publicación que ésta había llevado a cabo estaba legalmente justificada, dado que había tenido lugar por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores.

Asimismo, consideró que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, dado que llevan a cabo un tratamien-

to de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información. La AEPD consideró que estaba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio, lo que incluía la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros.

Teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios para la vida privada de esta persona y de que su publicación inicial se remonta a 16 años atrás, el interesado justificó que tenía derecho a que esta información ya no se vinculara a su nombre mediante la lista de resultados. Por tanto, en la medida en que en el caso de autos no existían razones concretas que justificaran un interés preponderante del público en tener acceso a esta información en el marco de tal búsqueda, el interesado podía, en virtud de los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, exigir que se eliminaran esos vínculos de la lista de resultados.

El Tribunal terminó considerando que sí correspondía hacer lugar a esa petición, sosteniendo que el interés privado del accionante prevalecía por sobre el interés económico del motor de búsqueda como así también por sobre el interés público de acceder a la mencionada información ante una búsqueda.

5.2 Derecho al olvido en Argentina: caso “Natalia Ruth Denegri”

En nuestro ordenamiento jurídico no hay una normativa específica que regule el derecho al olvido.

El análisis de este derecho nuevamente nos hace entrar en la tensión entre el derecho de la autodeterminación informativa o libertad informática versus la libertad de expresión, la libertad de prensa y el acceso a la información por parte del público en general.

Como la República Argentina no ha sancionado leyes específicas ha analizado esta controversia a través de diversos casos jurisprudenciales por los que se ha demandado a los buscadores de internet en virtud de considerarse vulnerados los derechos al honor y el uso indebido a la imagen. El *leading case* por excelencia es el de Natalia Ruth Denegri contra Google Inc. que, a continuación, se desarrolla.

-Caso “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”¹²⁰.

En autos “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas” la actora solicitaba que se aplicara el derecho al olvido, eliminándose información sobre ella acerca de acontecimientos acaecidos hace más de veinte años.

Cabe destacar que Natalia Denegri estuvo vinculada al caso de Guillermo Cópola y estaba junto a él cuando en un allanamiento le encontraron estupefacientes en un jarrón color ocre.

Reconoció que en el año 1996 fue protagonista de un hecho que tuvo connotación pública por estar vinculado al conocido “caso Cópola”. Indicó que, en la actualidad -de ese momento-, al ingresar su nombre, la información continuaba apareciendo en los resultados de búsqueda.

120 CSJN, 28 de junio 2022, “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personalísimos: Acciones relacionadas”. Id SAIJ: Fa22000052.

Y si bien era información real, eran hechos de un pasado que la avergonzaban y desea olvidar.

Describió y adjuntó impresiones de pantalla del resultado de la búsqueda que se observaba en el sitio de la demandada al introducir las palabras “Natalia Denegri caso Cóppola”, detallando las URL que pretendía que fueran desvinculadas del buscador.

Fundó su postura en la afectación de los derechos de honor, intimidad, privacidad y reputación tanto suya como de su familia. La información que se divulgaba afectaba de forma grave su vida personal, profesional, laboral y familiar.

La demandada adujo que Google como motor de búsqueda no ejercía control alguno sobre los contenidos cuestionados por la actora, que habían sido subidos a la web por terceros. Describió el mecanismo operativo de los buscadores de internet y del servicio denominado “YouTube” e invocó la protección constitucional de dicho servicio vinculado al derecho a la información. Señaló que, en el caso, Google Inc. no ocasionó ningún daño a los derechos personalísimos de Natalia Denegri, quien debería dirigir sus reclamos a los sujetos responsables del contenido subido a internet. Controvirtió y argumentó sobre la supuesta irrelevancia de la cuestión postulada por la actora. Denegri se vio involucrada en sucesos de innegable interés público que la ciudadanía tiene derecho a conocer y tener disponible. Objetó la aplicabilidad al caso del “derecho al olvido” invocado por la peticionaria.

En primera instancia, el juez Dr. Hernán Horacio Pagés admitió parcialmente la pretensión de la parte actora y dispuso que Google procediera, dentro del plazo de diez días hábiles judiciales de consentida o ejecutoriada la decisión, a suprimir toda vinculación de sus buscadores,

tanto del denominado “Google” como del perteneciente a “YouTube”, entre las palabras “Natalia Denegri”, “Natalia Ruth Denegri” o “Natalia Denegri caso Cóppola” y cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhibieran eventuales escenas protagonizadas por la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada. Y postergó para la etapa de ejecución de la condena la individualización de las URL.

La sentencia, apelada por ambas partes, fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal.

Contra este pronunciamiento, Google Inc. dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y rechazó la demanda.

La CSJN hizo primar el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información.

Sostuvo que la actora por aquellos años se expuso voluntariamente a los programas de televisión que en ese momento cuestionaba y destacó que el caso Cóppola generó un gran interés. Eliminar dichos contenidos -sostuvo la Corte- afectaría a la libertad de expresión y privaría a la sociedad de tener acceso a esa información.

El último intérprete de la Constitución sostuvo que el mero paso del tiempo de una noticia o información que formó parte del debate público no justifica su eliminación ya que ello pondría en serio riesgo la historia como también el ejercicio de la memoria social que se nutre de los diferentes hechos de la cultura.

Tampoco se hizo lugar a la solicitud de bloqueo/supresión de vías de acceso al contenido. Ello podría haber sido aceptado de modo preventivo, corroborándose la ilicitud del contenido y los daños sufridos, pero en este caso ello tampoco ocurría. La información era real y lícita.

Denegri continuaba siendo una persona pública y no criticaba la veracidad del contenido publicado, sino la afectación al honor y la intimidad que le producía. Dadas esas cuestiones, el Máximo Tribunal determinó que “no existe espacio suficiente para producir una lesión ilícita del derecho al honor mediante la difusión de información veraz vinculada con un asunto de interés público y referida a una persona pública” (considerando 18).

Concluyó “El mayor o menor agravio o mortificación que la difusión de dicha información pueda suscitar en la actora -y, eventualmente, en su familia- no es un argumento suficiente para limitar, sin más, el legítimo derecho a la libre circulación de ideas, desde que la intromisión ilegítima en el derecho al honor exige, como se dijo, la falta de veracidad o exactitud de la información que se divulga, lo que no ocurre en el caso” (considerando 18).

6. Conclusión

El derecho al honor es un derecho humano fundamental y como tal, ingresa en un innegable entramado junto con otros derechos -intimidad, privacidad, imagen- por lo que la transgresión de alguno de éstos redundaría en su afectación.

A su vez, en la actualidad, es innegable que las TIC's han irrumpido en el mundo posibilitando el procesamiento masivo de datos, e incidiendo de manera exponencial en la construcción de la identidad de cada ser humano y en su honor, reputación e imagen.

En ese sentido, entiendo que la idea de autodeterminación informativa resulta determinante a efectos de repeler todo tipo de invasión indebida, como así también la facultad de elegir cómo, dónde y hasta qué punto darse a conocer a terceros. Es allí donde radica el ejercicio de nuestra soberanía, como sujetos de derechos y sujetos tecnológicos.

El ejercicio de la plena autonomía de la voluntad es el que gobierna, y motiva nuestros actos; de allí que entiendo que el derecho al olvido -congelar en la memoria datos que solamente han perdido relevancia por el mero paso del tiempo- no resulta necesariamente una prerrogativa derivada de la libertad informativa sino que, eventualmente, podría constituir un antídoto para proteger nuestro honor, reputación, imagen y crédito en sociedad, que sólo debería utilizarse en casos concretos y excepcionales, para no ir en desmedro de otros derechos también fundamentales, como la libertad de expresión y acceso a la información en todas sus formas.

7. Bibliografía

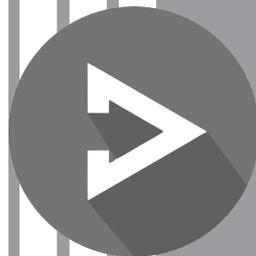
CIFUENTES, S. (2008), *Derechos Personalísimos*, 3^a ed. actualizada y ampliada, Ciudad de Buenos Aires, Astrea.

MAYÓN, C. A. (2023), *Derecho Constitucional Argentino*, 2^a ed. Revisada, corregida, ampliada y actualizada-Tomo II, La Plata, Haber.

MUÑOZ, R. (2021), *Internet*, 1^a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea.

PALAZZI, P. (2021), *Protección de Datos Personales: doctrina y jurisprudencia*, 1^a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Programas
de Extensión
UDE - 2023**



Resumen de las actividades de Extensión a cargo de María Victoria GISVERT

Informe final de la Secretaría de Extensión 2023

María Victoria GISVERT ¹²¹

La extensión universitaria es el conjunto de acciones y actividades realizado por las universidades, con el fin de buscar la interacción entre los estudiantes, grupos docentes y toda persona vinculada a la institución. Además, la extensión universitaria busca relacionarse y vincularse con el medio que rodea a la Universidad.

Cuando hablamos de medio nos referimos a la comunidad en que está inserta la institución, la colaboración con diferentes actores sociales y el vínculo recíproco con otras universidades. Muchas de las acciones llevadas a cabo desde la extensión persiguen el ideal de perfeccionar y transformar la sociedad y cultura que los rodea.

En ese orden de ideas, se realizaron las siguientes **actividades**:

1) Simulacro de Juicios por Jurados en la Unidad carcelaria N° 8 de mujeres del Servicio Penitenciario Bonaerense, organizado por el Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados el día 8 de marzo del corriente año.

121 Abogada (UNLP), Secretaria de Extensión de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UDE, Especialista en Derecho Procesal (UNA), Maestranda en Derecho Procesal (UNLP), Docente en las materias Derecho Procesal II y Prácticas Profesionales II. Investigadora.

2) Taller sobre Criterios de admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados, organizado por el Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación de la Universidad del Este conjuntamente con el Instituto de Derecho Penal de la Asociación de la Magistratura y Función Judicial del Dpto. Judicial de La Plata, realizado los días 15, 22 y 29 de marzo.

3) Actividad sobre “Ganancias: requiem al que supo ser el más justo de los impuestos”, organizada por el Observatorio de Derecho Tributario y Financiero el día 28 de marzo.

4) “Taller de Litigación Penal”, organizado por el Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación, iniciado el día 12 de mayo y finalizando el 1 de diciembre, los miércoles (modalidad virtual) de 16 a 18 hs. y los viernes (modalidad presencial) de 16 a 18 hs.

5) Jornada virtual “Hablemos de Jubilaciones y Ganancias”, organizado por el Observatorio de Derecho Tributario y Financiero en coordinación con el Colegio de la Magistratura y la Función Judicial del Departamento Judicial de La Plata, el día 27 de abril a las 18hs.

6) Presentación del libro: “Convenio multilateral: análisis integral de aspectos teóricos, jurídicos y prácticos”, organizado por el Observatorio de Derecho Tributario y Financiero, el día 14 de junio a las 18hs.

7) Encuentro Regional de Litigación, donde participaron los equipos de litigación de la Universidad del Este, la Universidad Nacional de La Plata y la Universidad Católica de La Plata, los días 23/6, 30/6 y 7/7 en la Sala de Juicio de los Tribunales Penales de La Plata.

8) Presentación del libro *Legitimación colectiva de sujetos vulnerables (con especial foco en consumidores)*, con Prólogo del Dr. Gabriel STIGLITZ. Autores: Francisco Ló-



PEZ SIMPSON, María Victoria GISVERT y Juan Manuel GALLLO, el día 16/8.

9) Presentación de la 4ta Edición del Anuario 2022 *Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este*.

10) Taller Práctico sobre “Ley de alquileres N° 27.551: cuestionamientos actuales y cambios”, organizado por esta Secretaría y la Coordinadora de la carrera Martillero y Corredor Público, el día 14/9 a las 18hs.

11) Charla abierta organizada por el Centro de Graduados/as de Derecho y Ciencias Sociales de la UDE sobre “Cómo gestionar un Estudio Jurídico”, cuyos expositores fueron los Dres. Gastón NICOCIA y María Victoria GISVERT el día 13/9 a las 18hs.

12) Encuentros sobre “Perspectiva Ambiental y Ley Yolanda: el paradigma de la sostenibilidad y a formación de los agentes y funcionarios de los tres poderes del Estado”, organizado por el Sr. Decano Sergio PALACIOS en representación de la UDE, la UBA y la Universidad Atlántida de Mar del Plata los días 22/9, 29/9, 6/10 y 13/10.

13) Charla sobre “La ley de acceso a la información pública y su relación con la protección de datos personales”, organizado por el Observatorio de Derecho Tributario y Financiero el 11/10 a las 18hs.

14) Encuentro socio-ambiental en ciudad universitaria-Iniciativas universitarias ambientales, organizado por la UDE, UBA Verde, y la Universidad de Avellaneda el 27/10.

15) Conversatorio España-Argentina sobre “Responsabilidad Social Empresaria: experiencias en primera persona”, organizado por la Facultad de Ciencias Económicas y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, los días 6 y 13 de noviembre.

16) Charla sobre “Introducción a la Vida Colegial”, organizada por el Observatorio de Graduados/as de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UDE, el día 15 de noviembre de 2023.

17) Charla taller sobre el trayecto pedagógico de la carrera de Martillero y Corredor Público y cierre de año lectivo de los 4 cuatrimestres (modalidad híbrida) donde se contó con la presencia del plantel docente de la carrera y exalumnos, el día 21 de noviembre de 2023.

18) Visita guiada con alumnos de la carrera de Martillero y Corredor Público al Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Bs. As., a fin de que personal capacitador del mismo explique las funciones del organismo, la publicidad registral y demás temas de interés para el alumnado, el día 23 de noviembre de 2023.

19) Simulacro de Juicio por Jurados -mujeres y participación ciudadana- en la Unidad carcelaria N° 8 de mujeres del Servicio Penitenciario Bonaerense, organizado por el Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados el día 22 de diciembre del corriente año.

EJES DE GESTIÓN

Esta Secretaría se planteó a principio de año trabajar en tres ejes distintos, en simultáneo:

-Práctica formativa

En esta línea, el 21/8/2023 comenzaron las Prácticas Formativas en el Poder Judicial.

-Acompañamiento y oferta académica para graduados

A tal fin, se creó el Observatorio de Graduados/as de Derecho y se aprobaron y realizaron nuevas Diplomaturas; asimismo, se realizaron distintas actividades a fin de acompañar a los graduados y generar nuevas herramientas para el ejercicio profesional.



-Trabajo en conjunto entre las carreras de Derecho y de Martillero.

Con la Dra. Jimena LAGOS, coordinadora de la carrera de Martillero y Corredor Público, trabajamos en conjunto para generar oferta académica tanto de grado como de posgrado.

DIPLOMATURAS

1) Se llevaron a cabo dos ediciones de la **Diplomatura en Mercado de Capitales, Fintech y Criptoactivos**, la cual se encuentra dirigida a Estudiantes, Profesionales, Empresarios, Emprendedores, Inversores, PYMES, organismos públicos (municipio, provincia, nación), embaajadas.

2) El 15/3 comenzó la segunda edición de la **Diplomatura en Coaching Jurídico y Derecho Sistémico** que se extendió hasta el 31/5 y que se encuentra destinada a abogados, estudiantes de Derecho y carreras afines, miembros del Poder Judicial, coaches y consteladores sistémicos y organizaciones.

3) El 16/9 comenzó a dictarse la **Diplomatura en Derecho y Gestión aplicado al Fútbol**, que se extiende hasta el 2/12/2023, y que se encuentra dirigida a estudiantes y profesionales interesados en Derecho, Deporte, Gestión y Fútbol.

4) El 18/9 comenzó la **Diplomatura en Derecho Probatorio y Litigación en Juicio por Jurados con Perspectiva de Géneros**, que se extiende hasta el 12/12/2023, y que se encuentra dirigida a quienes ocupan distintos roles en el proceso penal (integrantes del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa, Jueces, Juezas, Secretarios y Auxiliares, abogados y abogadas en el ejercicio de la profesión independiente).

5) Se aprobó por Resolución de Consejo Académico la **Diplomatura sobre Adultos Mayores y sus derechos**, que se llevará a cabo en el ciclo lectivo 2024.

OBSERVATORIOS

Por Acta N° 97 del Consejo Académico de fecha 18 de agosto de 2023 se aprobaron tres nuevos observatorios:

- 1) Observatorio de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este
- 2) Observatorio en Relaciones Internacionales y Globalización
- 3) Observatorio en Derecho y Habilidades Blandas

PRÁCTICA FORMATIVA EN EL PODER JUDICIAL

En el marco del Convenio con la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a partir del 21/8/2023 seis (6) estudiantes comenzaron sus prácticas en el Juzgado Civil y Comercial N° 5 del Departamento Judicial de Quilmes, cuya duración es de seis (6) meses, prorrogables por 6 meses más.

Estas prácticas formativas tienen como objetivo que los y las estudiantes realicen prácticas profesionales supervisadas en distintos órganos jurisdiccionales, a fin de completar su formación profesional poniendo en práctica los conocimientos adquiridos durante sus estudios universitarios mediante el desarrollo programado de actividades propias del ejercicio profesional en el Poder Judicial.

Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico PUENTE

Temas generales que se trataron en las reuniones con docentes: Presencial y Distancia

***Biblioteca:** En este punto la mayoría de las cátedras se comprometieron a hacer una visita a la biblioteca a ver qué bibliografía hay con respecto a su materia y en caso de necesitar solicitarla al Decanato o a la biblioteca.

***CVAR:** Ingresar y adjuntar cualquier cambio en su CV

***CONEAU:** se les informó a todas las cátedras de la carrera, que no dejamos de estar en etapa de acreditación, por lo que necesitaremos de su colaboración permanente.

***Horarios de Cursada:** se les informó el horario de la cursada y su estricto cumplimiento. VIA FORMATO DIGITAL y PRESENCIAL.

* Campus: Cargar todo tipo de actividad (clases grabadas, material de estudio, programa, etc., no sólo para las materias virtuales sino también presenciales).

***Asistencia de los Docentes:** se les informó a los docentes que previo a la clase pasen a firmar por Alumnos (presencial) y que la asistencia es fundamental, que el docente debe pasar lista y cargarla al SIU GUARANI, no puede agregar alumnos manualmente ni en la lista de asistencia, ni en el acta de examen final. En virtual por medio del SIU GUARANI

*Promoción de la cursada y notas: Notificadas a todas las cátedras.

***Programas solicitados:** Hemos solicitado los programas a las cátedras junto con la organización de las clases a todas las cátedras.

***Extensión e Investigación:** Aquí la mayoría de las cátedras se comprometió a realizar actividades en este ciclo lectivo. Se realizaron Jornadas, encuentros y eventos.

***Aula Virtual:** Todas las cátedras han sido anoticiadas de la plataforma del aula virtual de nuestra Universidad. Su manejo y uso y su contacto son las SIED Virtuales de manera permanente.

En conclusión, la mayoría de las cátedras se han mostrado agradecidas y satisfechas con la comunicación, han prestado su conformidad y casi ninguna ha dejado observaciones, la experiencia fue altamente favorable.

1. CURSO DE INGRESO 2023 Presencial y Distancia (virtual) FUNDAMENTACIÓN

La implementación del Ciclo de Ingreso responde al interés y preocupación de esta Institución por ofrecer a los estudiantes un espacio cuyo propósito general es trabajar en la etapa de transición del nivel medio al primer año de la carrera, y les permita o facilite la iniciación, prosecución y finalización de una carrera universitaria, que supone el abordaje de un conocimiento que se profundiza y complejiza progresivamente.

Se trata de acompañar al ingresante en su labor de apropiación tanto del espacio geográfico, como del conjunto de normas y valores que regularán su vida universitaria; de las características conceptuales de la carrera que encarará; la familiarización progresiva con el vocabulario específico de la disciplina y la adquisición de estrategias cognitivas que le permitan resolver adecuadamente las situaciones de aprendizaje que tendrá que afrontar en esta etapa de su proceso de formación.

El ingreso a los estudios universitarios es entendido como un proceso en el que intervienen múltiples factores. Entre ellos es de destacar que las representaciones sociales sobre la educación universitaria y sobre las prácticas de lectura y estudio ocupan un lugar central como aspectos que, muchas veces, obturan las posibilidades de una buena inserción académica de los ingresantes.

Las representaciones sociales, al operar como marco de interpretación del entorno, regulan las vinculaciones con los otros y orientan y organizan las conductas y comunicaciones. En este sentido, la representación de la educación aparece asociada a elementos simbólicos que connotan valoraciones positivas como los referidos a futuro, formación, aprendizaje y enseñanza, estudio, responsabilidad, dedicación, sacrificio, compromiso; pero involucran, también, aspectos negativos como lo son los temores frente a un ámbito y disciplina desconocidos, poca confianza respecto de la propia capacidad de estudio, incertidumbres, dudas relacionadas a la elección vocacional, entre otros.

Ello implica considerar, en primera instancia, tanto el conocimiento institucional de este ámbito de estudios y la oferta académica general, como así también la exploración vocacional a nivel personal.

Las cuestiones hasta aquí expuestas hacen que el eje vertebrador del presente curso se sitúe en el compromiso de posibilitar que los ingresantes se sientan activamente comprometidos con la puesta en común, desarrollo y resignificación de sus concepciones y representaciones previas, a fin de facilitar su inserción y permanencia en la Universidad.

Destinatarios del Programa

Los destinatarios del Ciclo son todos los aspirantes a ingresar al primer año de la carrera de Abogacía, de la

Facultad de Derecho, de la Universidad del Este.

Objetivos

- Posibilitar una adecuada ambientación del estudiante a la dinámica del espacio universitario.
- Acompañar a los ingresantes en el esclarecimiento de sus dudas, incertidumbres, temores, confusiones.
- Afianzar la comprensión de la relación entre la elección vocacional y la vida universitaria.
- Favorecer la creación de espacios de trabajos críticos y reflexivos en un contexto de participación e intercambio de experiencias.
- Contribuir al posicionamiento del alumno como actor de su propio proceso de aprendizaje.
- Presentar los contenidos que serán considerados afines a las materias del primer año de cursada de la carrera.
- Propiciar que los ingresantes puedan problematizar sus estrategias de aprendizaje en orden a mejorar las competencias básicas de lectura, comprensión y producción de textos.

Justificación de la organización curricular

A fin de responder a lo precedentemente señalado, la organización curricular estará centrada en torno a tres ejes, a saber:

- Conocimiento del ámbito universitario y del rol profesional elegido.
- Familiarización en contenidos afines a las primeras materias de la carrera.
- Orientación vocacional y ocupacional.

De este modo, se ha diseñado:

- Dos módulos de trabajo de carácter teórico y práctico, centrados en contenidos de Derecho y de Historia, a fin de acercar a los estudiantes a los ejes temáticos de las



primeras materias de la carrera y situarlos en la línea espacio temporal. También se procura ofrecer en estos encuentros un posicionamiento epistemológico respecto de la ciencia jurídica.

-Un espacio de orientación en relación a la elección de la carrera, el desempeño académico y la práctica profesional futura. Se han diseñado dos encuentros, uno a cargo de un abogado especialista en Ciencias de la Educación para tratar el tema de la adaptación del estudiante que proviene del nivel medio a los estudios superiores. Un segundo módulo está destinado a ofrecer un panorama de la vida profesional del abogado.

FACULTAD DE Abogacía CURSO DE INGRESO

Día	F e - cha	Horario	Contenidos y Actividades	Dónde	Qui e - nes	R e - c u r - sos
1	L u - nes	18.00 a 21.00 hs	Palabras de Bienvenida Presentación y seguimiento de la Carrera.	P R E - S E N - C I A L / V I R - T U A L	P a l a - c i o s - P u e n t e	
2	M a r - tes	18.00 a 21.00 hs	Principios y contratos de consumo. De- recho del Con- sumidor.		FRAN- CISCO L o p e s S i m p - son	C a - ñ o n
3	M i é r - coles	18.00 a 21.00 hs	Lineamientos Generales del Derecho Penal		Santia- go Iriarri	Cañon
4	J u e - ves	18.00 a 21.00 hs	Lineamientos Generales del Derecho Civil y Procesal		L i s Amaya Victoria Gisvert	Cañon

5	Vier- nes	18.00 a 21.00 hs	Introducción al Derecho y Palabras re- flexivas del alumno avan- zado en la Carrera Dr. Alberto Perez Nuñez		C. Pere- yra A. Perez Nuñez	
---	--------------	---------------------	---	--	--------------------------------------	--

Funciones cumplidas:

- Supervisé el desarrollo curricular del plan de estudios.
- Elevé al Decanato los programas de las asignaturas.
- Supervisé las actividades docentes de la carrera y el cumplimiento de los lineamientos pedagógicos establecidos en las diferentes modalidades de dictado.
- Asesoré a docentes y estudiantes sobre incumbencias, metodología de estudio, elaboración de los programas de asignaturas, guiones didácticos en las modalidades a distancia y cuestiones académicas de la carrera a su cargo.
- Colaboré con los asistentes de la Facultad en hacer cumplir a docentes y alumnos los requerimientos administrativos. (Inscripción a las materias, Fechas de entregas de calificaciones, subir notas al SIU, entre otras) colaborando y formando parte de los equipos de trabajo de la Facultad
- Llevé el Registro de Pasantías de los estudiantes de la carrera y gestione todo lo concerniente a las mismas
- Estimulé a la participación de docentes y estudiantes en los programas y actividades de extensión e investigación que sean desarrollados por la Facultad y por la Universidad
- Elevé al Decanato un informe anual 2021 de las actividades llevadas a cabo, así como de las previsiones a ser consideradas para el ciclo lectivo posterior.



- Gestioné lo necesario para el desarrollo y operación del plan y programas de estudio bajo la responsabilidad del Decanato.

- Promoví las actividades de difusión sobre el plan de estudios a cargo del Decanato.

- Promoví el ingreso de estudiantes presenciales y distancia.

- *Reunión con alumnos: he tenido a diario reuniones con alumnos via presencial y vía distancia para solucionar y evacuar inquietudes, a diario sin solución de continuidad.

- *Gestión en Ministerio de Educación para aprobación de carrera a distancia.

- *Reunión diaria con secretaria académica de la Facultad de Derecho, Dra. Lis Amaya.

- *Reunión semanal con decano y colaboradores.

- *Entrevistas varias para el ingreso de personal docente.

- *Charlas informativas a mi cargo.

Intercambio con las Sied Virtuales: Mariana Gigena y Veronica Castrillon

El Intercambio es diario y cotidiano, en donde las SIED virtuales tienen contacto directo con las cátedras, y el control del Campus Virtual. Su desempeño es “**altamente satisfactorio**”, tanto en la recepción y comunicación con los docentes como con el Decanato. De la misma manera Verónica Castrillon, con quien tenemos contacto asiduamente, y su respuesta siempre es clara, rápida y satisfactoria.

Dr. Pablo Federico PUENTE
Coordinador de la Facultad de Derecho UDE
La Plata, 18 de diciembre de 2023

Graduados del año 2023.

Procuradores:

REYNOSO, Iris Mabel

CAMPS, Patricia Marcela

GARBARIÑO, Lidia Azucena

PEREYRA TUDISCO, Leandro

ÁLVAREZ PINILLOS, Carmen Rosa

ASLA, Priscila

GUERRERO, Gonzalo Gabriel

VELADO, Agustina

GONZÁLEZ, Ricardo Eliseo

ACOSTA, Carla Anabella

CARRASCO FUENSALIDA, Abraham

MENNA, Néstor Javier

GIOTTA, Camila Iara

PARENTE, Merlina Emilia

FONSECA VERA, Omar Andrés

Abogados/as

BELTRAMO, Bárbara

CARUSO, Jorge Daniel

DORSEMAINE, Yamila

FONSECA VERA, Omar Andrés

GUERRERO, Gonzalo Gabriel

GUEVARA, Bruno Alberto

HARING, Johana Betsabé

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Jeremías David

URRUTIA, Rodrigo

VÁZQUEZ, Ricardo Ariel

Martilleros y Corredores Públicos

BALMAS, María Virginia

CHIOSTRI, Franco Osvaldo

DOMINA, Juan José

GARAY, Mónica Susana

GARCÍA, Sebastián Augusto



MEDINA, Agustín Carlos

RAMOS MENDOZA, Jacquelín

SOLANO, Marcelo Martín

