

JA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA



NÚMERO ESPECIAL

DIRECTOR:
LUIS DANIEL CROVI

Bs. As., 13/10/2021

2021 - IV
fasc. 3

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD (Parte II)

DIRECTOR:
RAMIRO ROSALES CUELLO

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261

RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de octubre de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE



NÚMERO ESPECIAL: "TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD (Parte II)"

Tutela judicial efectiva en litigios estructurales. A propósito de las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires <i>María Carlota Ucin</i>	3
La vulnerabilidad en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial <i>Gabriel H. Quadri</i>	11
Estándares convencionales para una decisión razonablemente fundada. Herramientas para la construcción de sentencias con enfoque de género <i>Ornela C. Piccinelli</i>	27
La tutela procesal individual del consumidor. A propósito de la competencia territorial <i>Miguel Robledo - Santiago Rodríguez Junyent</i>	53
La tutela diferenciada para sectores vulnerables en el proceso cautelar frente al Estado nacional <i>José Ignacio López</i>	66
Beneficio de mediar sin gastos. Impulso para un nuevo paradigma procesal de acceso a la justicia <i>Lucas L. Moroni Romero</i>	72
Colaboración procesal y tutelas diferenciadas <i>P. Sebastián Villa</i>	79
El deber de colaboración probatoria del proveedor como técnica idónea para una tutela procesal diferenciada del consumidor <i>Dante Emmanuel Páez Pacheco</i>	90
Notificaciones judiciales, TIC y personas en situación de vulnerabilidad en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires <i>Andrés L. Nizzo</i>	106
Aportes y (re)interpretaciones feministas para la transformación de la justicia <i>Camila Denise Beguiristain</i>	114
Las pericias antropológicas y el proceso de familias <i>Silvana Ballarin</i>	130

NÚMERO ESPECIAL:
"TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
Y PERSONAS EN SITUACIÓN
DE VULNERABILIDAD (Parte II)"

Tutela judicial efectiva en litigios estructurales

A propósito de las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires (*)

María Carlota Ucín (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El litigio de interés público que procura la reforma estructural.— III. Un largo recorrido hasta llegar a “Verbitsky II”.— IV. La reformulación de la noción de instancia procesal.— V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un nuevo pronunciamiento en la causa “Verbitsky” (1). El decisorio, al que referiré como “Verbitsky II” (2), se expide sobre algunos temas relevantes que he de destacar y analizar aquí. Estos puntos son: la *efectividad* de la tutela judicial de las personas privadas de su libertad, la noción de *eficacia procesal* y la *eficiencia* del proceso en general y del *habeas corpus* en particular.

La riqueza del caso me permite apoyarme en él para ejemplificar algunas particularidades de los litigios que, planteados en clave de interés público, persiguen la reforma de un estado de cosas estructural que se considera inconstitu-

cional o lesivo de derechos reconocidos en convenciones internacionales de igual jerarquía.

Comenzaré por contextualizar el caso dentro del fenómeno del litigio de interés público para poder así comprender mejor sus características fundamentales. Es a partir de ellas que se pueden derivar las adecuaciones procesales necesarias para lograr la efectividad de la tutela judicial de los derechos invocados a través de este tipo de litigio. Luego, ilustraré los antecedentes del decisorio actual, a partir de una reseña del proceso que le antecedió y de la decisión cuya ejecución aún hoy se pretende.

Desde este prisma, pasaré revista a la cuestión jurídica planteada y resuelta por la Corte en mayo de este año. Al entrar en su análisis, veremos cómo en ella se ilustra la tensión entre la clásica comprensión de la instancia procesal, la duración de la etapa ejecutiva y las necesidades impuestas por el litigio de reforma estructural. Por último, y a partir de lo que se puede extraer de la doctrina del caso, proyectaremos algunas conclusiones que sirvan de orientación a la gestión de casos futuros y en especial, que sirvan de guía a la legislación que se dicte en la materia.

II. El litigio de interés público que procura la reforma estructural

Definiré aquí al litigio de interés público como *aquel que es llevado adelante por aboga-*

(*) Esta publicación es parte del proyecto “Affordable access to justice (subproject: From public to private funding)”, número de proyecto VI.C.191.082 del programa Vici de investigación que es financiado por el Consejo Neerlandés de Investigación (NWO). <https://orcid.org/0000-0002-5730-3649>.

(**) Investigadora posdoctoral en Erasmus School of Law (Erasmus University Rotterdam).

(1) “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Sentencia del 3 de mayo de 2005, Fallos 328:1146.

(2) Resolución de fecha 13 de mayo de 2021, publicada en Fallos: 344:1102.

dos y abogadas que trabajan directamente para alterar algún aspecto del statu quo político, social o económico y que asumen, a su vez, que las actuales condiciones sociales impiden la participación y los beneficios de algunos grupos subordinados, trabajando centralmente para dar voz a estos intereses (3).

En la experiencia americana, el litigio de interés público se fue gestando, en la segunda mitad del siglo pasado, a partir de la tutela de aquellos intereses de la sociedad que aparecían subrepresentados. Surgió como un correctivo de la desproporcionada influencia que los intereses de los económicamente poderosos ejercían sobre el sistema legal. Los reclamos se orientaban entonces hacia la reivindicación de los derechos de las personas más desfavorecidas en el reparto del poder. Puede verse —en la experiencia de aquel país— que este tipo de casos ha dado tutela a diversos derechos: derechos y libertades civiles, protección ambiental, derechos de los consumidores, minorías, personas con discapacidad y ancianos entre otros (4).

Luego, esta forma de litigio también se ha hecho presente en diversas latitudes de la mano de las reformas constitucionales habidas en varios países a finales del siglo pasado (5). Se puede ver así una constante en este tipo de reclamos y es que ponen de manifiesto un rol protagónico de la sociedad civil, generalmente derivado de la ampliación de la legitimación colectiva en dichas cartas constitucionales. Luego, llevan adelante un planteo realizado en clave de derechos

(3) LOEWY, Karen L., "Lawyering for social change", Fordham Urban Law Journal, Vol. 27, Issue 6, 1999, pp. 1869-70.

(4) TRUBEK, D. - TRUBEK, L. - BECKER, J., "Legal services and the Administrative State: from Public Interest Law to Public Advocacy", en Innovations in the legal services. Research on Services delivery, Vol. N° 1, Verlag Anton Hain-Hönigstein, Cambridge, Massachusetts, 1980, cap. 10, pp. 131-160.

(5) Puede consultarse: Varun Gauri y Daniel Brinks, Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world, Cambridge University Press, 2008; Bonilla Daniel, Towards a Constitutionalism of the Global South, en Bonilla, Daniel (Ed.), Constitutionalism of the global south, Cambridge University Press, 2013; Rodríguez Garavito, C. - Rodríguez Franco, D., "Cortes y cambio social", Colección Dejusticia, Colombia, 2010.

humanos (con fundamento constitucional o convencional) y, por último, confrontan dichos derechos y la realidad o una parte de ella ilustrando la necesidad de modificar el *statu quo*.

Si tuviéramos que organizar la experiencia de esta práctica constitucional, podríamos sugerir la siguiente taxonomía de casos:

a) aquellos que persiguen la *reforma estructural* de las condiciones fácticas o jurídicas que resulten inconstitucionales y que afecten a los sectores más desfavorecidos;

b) aquellos que realizan un planteo en "*clave colectiva*" de modo que a partir de ellos se logre la modificación de las condiciones legales o administrativas que determinan una situación violatoria de derechos o inconstitucional, con efectos no solo para los litigantes particulares sino para todo el grupo igualmente afectado;

c) los que —aun siendo planteados como un caso individual— centran su *reclamo en relación con "bienes públicos o colectivos"*. Esto permite que el resultado obtenido en el pleito impacte sobre todo el universo de beneficiarios por extensión fáctica de sus efectos.

El caso que aquí analizamos se inscribe cómodamente en la primera categoría, pues lo que se persigue es una modificación de las condiciones de detención (en cárceles y comisarías) de la provincia de Buenos Aires. La situación no se reduce a un problema edilicio, sino que también se vincula con prácticas institucionales relativas a las condiciones de detención y la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar en el ámbito penal. También se muestra con patencia en el caso su carácter colectivo. Este último es el que motiva en la Corte una comprensión particular de la eficacia del trámite de *habeas corpus*, tal como seguidamente se expondrá.

III. Un largo recorrido hasta llegar a "Verbitsky II"

Como se recordará, el proceso de *habeas corpus* correctivo (6) y colectivo fue iniciado por

(6) El *habeas corpus* correctivo es la acción que procede cuando una persona que ha sido legalmente detenida se siente perjudicada por un agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención. Véase: BASTERRA, Marcela,

Horacio Verbitsky, en su carácter de representante legal del CELS, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires. Se cuestionaron entonces las condiciones físicas de las comisarías y cárceles, así como la superpoblación que existía en ellas. Se alegaba que configuraban una situación violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, como así también de las leyes nacionales y provinciales que regulan los derechos básicos de las personas detenidas.

También se impugnaron con dicha acción la duración prolongada de la prisión preventiva, como medida de seguridad privativa de la libertad decretada sin condena firme. En dicho planteo se puso de manifiesto el carácter colectivo del problema y la necesidad imperiosa de un pronunciamiento que resolviera la problemática respecto de la totalidad de las personas privadas de su libertad y que se encontraban en dichas condiciones. Se señaló entonces que las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior solo habían dado soluciones parciales que, si bien aliviaban la situación de algunos, podían agravar la de otros detenidos.

Al decidir el caso primigenio, la Corte tuvo por acreditado el estado de superpoblación tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, cuanto en las comisarías. También se tuvo por corroborado que se encontraban alojados en comisarías, en calidad de detenidos, adolescentes, mujeres y personas enfermas. Se reconoció, en el marco de las audiencias públicas celebradas, que el 75% de la población privada de su libertad eran procesados con prisión preventiva que todavía no habían sido condenados y, por lo tanto, gozaban de la presunción constitucional de inocencia.

Luego, resolvió que las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (ley 24.660), configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención

(punto 2 del Resolutorio). Con ello, la Corte se limitó a fijar un “estándar sustantivo” al que tendría que adecuarse la política de ejecución penal y con el cual evaluó las condiciones en que esta se llevaba a cabo en la provincia de Buenos Aires, así como el régimen excarcelatorio (considerandos 58° y 60°). A partir de tales parámetros, procedió a dejar establecidas las normas específicas que protegen, en un sentido amplio, el debido proceso de las personas procesadas penalmente.

El Tribunal decidió implementar un criterio de ejecución que, en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la provincia (cdo. 26°). Pese al intento por fomentar dicho acuerdo en el seno del proceso, esto no fue posible y entonces, la Corte debió emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

El tribunal evitó determinar cuáles debían ser las medidas políticas necesarias para reformar el *statu quo*. En tal orden de ideas, exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo bonaerenses a la revisión de la legislación procesal penal en materia de excarcelaciones y prisión preventiva, para ajustarla a tales estándares constitucionales e internacionales (punto 7 del Resolutorio) (7).

Luego, asumiendo que la modificación de la situación estructural de violación de derechos humanos no podría operarse de manera inmediata, ordenó ciertas medidas para controlar el

(7) Sin embargo, dentro del universo de afectados representado por el CELS, la Corte distinguió el subgrupo conformado por los “menores y los enfermos detenidos en comisarías” (punto 3 del Resolutorio). Para este último, asumiendo la gravedad de las violaciones a derechos fundamentales evidenciadas, impuso a la provincia de Buenos Aires un plazo de 60 días para que cesara dicha conducta, imponiendo dicha condena a través de los jueces competentes. En el mismo sentido, intentando evitar el agravamiento innecesario de las condiciones de detención, se instruyó a la SCBA y a todos los tribunales de la provincia para que hicieran cesar las condiciones de detención que importaran un agravamiento configurativo de trato cruel, inhumano o degradante que pudiera, a su vez, conllevar la responsabilidad internacional del Estado Nacional (punto 4).

“Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del Habeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky”, LA LEY, 2005-D, 530.

cumplimiento de la adaptación de las condiciones de detención a los parámetros allí establecidos. En este sentido, se condenó al Poder Ejecutivo de la provincia demandada, para que cada 60 días informe a la Corte sobre las medidas adoptadas en tal sentido. En esta misma dirección, ordenó al Poder Ejecutivo Bonaerense que, a través de su Ministerio de Justicia, organizara la convocatoria de una "mesa de diálogo" en la que participaran: el CELS y las demás organizaciones que, como *amicus curiae*, hubieran tenido intervención en el proceso. De los avances que se obtuvieran en este seno, también se debía informar a la Corte periódicamente. Sin embargo, este mecanismo no funcionó y esto es lo que condujo a ver con frustración lo sucedido en el caso.

La Corte había optado por un tratamiento experimentalista de la cuestión. El "modelo remedial experimental" (8) busca la declaración de metas, pero con la amplitud suficiente como para permitir que las partes determinen cómo habrán de alcanzarlas. El proceso de fijación de estas y su seguimiento se prevé como un proceso de aprendizaje y reconstrucción continua. Sin embargo, esta forma de ejecución más flexible no puede quedar librada a la buena voluntad de las autoridades demandadas, debiendo instrumentarse medidas que conminen al cumplimiento de las órdenes judiciales.

El curso posterior de los acontecimientos muestra la debilidad de dicha decisión. Es así como en el año 2014 un grupo de Defensores departamentales se presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en el marco del legajo de ejecución del fallo que venimos reseñando. Se puso de ma-

(8) El término "remedial", proveniente del derecho anglosajón, alude a las posibles medidas contenidas en una sentencia condenatoria. El aspecto "experimental" a su turno, alude, a la superación de una forma más directiva de condena, buscando en cambio, formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tengan la posibilidad de colaborar en un proceso reconstructivo. Véase: SABEL, Ch. - SIMON, W., "Destabilization rights: How Public Law litigation succeeds", 117 *Harvard Law Review*, 1016 (2003-2004), BERGALLO, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", disponible en línea: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/.

nifiesto en la presentación, el agravamiento de las condiciones de detención y el hacinamiento registrado en el sistema penitenciario bonaerense. Todo ello, en franco ascenso respecto de los guarismos habidos para la fecha de la resolución anterior de la Corte. Además, se expuso el incumplimiento de la decisión precedente, toda vez que se había procedido a rehabilitar los calabozos ubicados en comisarías (9). Con la presentación proponían una serie de medidas para dar operatividad al precedente del año 2005.

El planteo de los Defensores fue desestimado por providencia simple del presidente de la Suprema Corte, afirmando que la etapa de ejecución del proceso anterior estaba concluida. Los ahora recurrentes entendieron que dicha resolución debió revestir las formalidades de las sentencias definitivas por lo que plantearon su nulidad. Esta fue igualmente desestimada por mayoría del tribunal. En suma, se argumentó en favor de la conclusión de la etapa ejecutiva a partir del señalamiento de las medidas adoptadas y la delegación del cumplimiento en las autoridades administrativas competentes. Contra dicha resolución se alzaron los requirentes y plantearon el Recurso Extraordinario Federal cuya denegatoria motivó la queja que la Corte resolverá en el caso que ahora analizamos.

En el segundo pronunciamiento, que es el que ahora nos interesa, la Corte recuerda los elementos centrales de la condena anterior. Destaca así que en aquella se había ordenado *hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato cruel, inhumano o degradante* o cualquier otro susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado Federal. También se establecieron entonces los parámetros adecuados para diseñar un modelo de solución participativo e inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de tales violaciones constitucionales.

Todo lo cual, en materia de *habeas corpus* adquiere matices particulares toda vez que conforme su doctrina, el procedimiento aplicado a esta acción exige que se agoten todas las diligen-

(9) Resolución 642 del Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires.

cias tendientes a hacer efectivo su objeto (Fallos 306:448; 322:2735; 323:4108). A la luz de los hechos puestos de resalto por los recurrentes, los que evidenciaban un apartamiento de tales puntos de la decisión, se concluyó —de manera preliminar— que lo resuelto por la SCBA se alejaba del imperativo de efectividad vinculado con la finalidad del *habeas corpus*.

En su considerando 6° ensaya un razonamiento de *reducción al absurdo* al señalar que de lo resuelto por la SCBA se seguiría la necesidad de iniciar múltiples planteos individuales ante la instancia originaria. Sin embargo, la oportuna calificación del problema como un conflicto estructural y colectivo negaban la utilidad de dicha vía individual. Este punto es interesante porque si bien no queda claro que la SCBA pensara en planteos individuales cuando remite a los Defensores ante la instancia de grado (10), en cambio sí se puede leer el argumento de la Corte como un refuerzo de la entidad colectiva del caso.

Luego, la Corte argumenta *a contrario sensu* al decir que tampoco se advierte el beneficio —para la *maximización de la eficacia del objeto del proceso*— de la propuesta iniciación de un nuevo proceso. De ser así, se estaría desestimando el valor de todo el material probatorio y la actividad procesal útil desarrollada entonces (Cdo. 7°). Este argumento se vincula estrechamente con uno de los tópicos que analizaré

(10) De la lectura de los antecedentes reseñados en el dictamen de la Procuración General parece surgir algo diferente. Es decir, que los planteos que se mandaba a impetrar ante la instancia de grado podrían ser colectivos. En este mismo sentido se orienta la opinión de la Procuración. En la misma se puede ver un claro señalamiento del carácter estructural de la cuestión debatida y de la necesidad de encauzar su tratamiento a través de un *habeas corpus* colectivo y correctivo. Sin embargo, se considera necesario un nuevo proceso para buscar los remedios más adecuados para el caso, sin necesidad de ajustarse a los parámetros del caso Verbitsky I. Funda esto, entre otros argumentos, en la cita de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, que afirma que el remedio judicial efectivo debe ser idóneo para establecer si ha habido una violación de derechos y proveer lo necesario para remediarla. Y que no son efectivos aquellos remedios que por las circunstancias del caso se muestren ilusorios. No profundizaré en esta cuestión, pero la cita claramente podría fundar también un sentido opuesto al sostenido en el dictamen y alineado con lo resuelto por la Corte.

en el apartado siguiente y que enlaza la noción de eficacia con la de rendimiento procesal. Además, la Corte afirma que la presentación de los Defensores Oficiales estaba poniendo de resalto, de manera empírica, que las condiciones que originaron el *habeas corpus* originario persistían y se hallaban agravadas, lo cual per se demostraba la falta de conclusión de aquella instancia (cdo. 8°) (11).

Según la Corte, la decisión de la SCBA pretendía clausurar el proceso de *habeas corpus* sin haber evaluado el impacto que las medidas oportunamente aplicadas por el tribunal local habrían tenido para cumplir con el contenido de la decisión precedente. Y sin explicitar, además, cómo se evaluaba la eficacia de la implementación de aquella decisión ante la persistencia de la situación denunciada.

Concluyó así que el a quo se apartó de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de la primigenia sentencia. En particular, en cuanto la decisión había encomendado el cumplimiento de objetivos que imponían un rol activo del tribunal en tanto subsistieran las condiciones que dieron origen al proceso. La Corte remite entonces la causa a la instancia local para que se dicte un nuevo pronunciamiento con ajuste a lo decidido.

IV. La reformulación de la noción de instancia procesal

De la exposición de los antecedentes de la causa y de los argumentos que sustentaron el segundo decisorio, surgen elementos de interés para pensar en las adecuaciones necesarias para lograr la tutela judicial efectiva de este tipo de casos. Me centraré en particular en la nueva concepción que se impone sobre la etapa de ejecución en los casos de reforma estructural. Para ello, revisaré la noción de eficacia procesal elaborada por la Corte.

Repasando el decisorio se advierte que la Corte trabaja con dos nociones de *eficacia*, una

(11) He reseñado con detalle la sentencia originaria porque de su lectura se sigue con claridad que había un estado de cosas que se debía modificar y que mal puede darse por concluido el proceso si dicho estado de cosas subsiste.

horizontal y otra vertical (12). Por virtud de la primera, afirma la importancia de que lo decidido en un caso como el presente tenga efectos expansivos hacia todo el colectivo de afectados. Evitando así, el tratamiento del conflicto en moldes procesales individuales o de manera aislada. En consistencia con esta postura, la Corte expone que en virtud de ello se ordenó que planteos ulteriores —pero afines— fueran encauzados con ajuste a lo resuelto en el precedente del año 2005.

Luego, la categoría de *eficacia vertical* aludiría al rendimiento de los trámites procesales para el cumplimiento de los objetivos de cada proceso en particular. Esta noción se apoyaría en la idea de proceso como un tránsito necesario orientado por un objetivo o propósito. En el caso, la Corte se refiere al rendimiento del *habeas corpus* en particular. Pone énfasis en la necesidad de optimizar el aprovechamiento de lo actuado en la fase de conocimiento y decisión anteriores. Es decir, remarca la necesidad de sacar el máximo beneficio de dichos trámites para poder lograr el cambio estructural ordenado.

A su vez, me permito pensar que igual noción remite a la idea de un aprovechamiento de todas las potencialidades que la propia etapa ejecutiva habilita para dar tutela a los derechos reconocidos en la sentencia (13). Aquí nos interesa esta segunda categoría porque es la que se vincula con la necesaria revisión de la noción de “instancia procesal” en los procesos de interés público caracterizados por la reforma estructural.

En especial, lo que se debe revisar es la noción de preclusión de la etapa de ejecución de la sentencia. Recordemos que la preclusión con-

(12) Nos mantendremos en el texto en el uso corriente del término, cuya definición es recogida en el Diccionario de la Real Academia Española. Así, vincularemos a la eficacia con la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

(13) Esta reconstrucción se apoya en lo expuesto por la Corte al desestimar la propuesta de iniciar un nuevo proceso sugerida por la Procuración en su Dictamen y ordenada en la decisión en crisis. Vemos rastros de esta noción de eficacia vertical también cuando el tribunal afirma que la etapa ejecutoria debía considerarse abierta mientras se mantuvieran incumplidos los objetivos de la decisión.

siste en la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Y que esta se puede configurar por no haberse realizado oportunamente el acto procesal correspondiente, por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra o por haberse ejercido dicha facultad (14). Este último sentido se identifica con el consumo procesal y es el que nos interesa.

Evidentemente, la SCBA entendió que con la actividad procesal desarrollada en el marco de la ejecución se había consumido dicha instancia. La SCBA no lo dice, pero es lo que se desprende de su decisión de indicar que se debía iniciar un nuevo proceso ante la instancia de origen. El tribunal juzgó que dicho procedimiento había precluido, que se habría consumido la instancia con las acciones que ella misma juzgó suficientes.

Con ello se evidencia que el punto de desacuerdo entre el tribunal local y el federal no consiste en determinar si se llevaron adelante acciones de ejecución. Lo que en cambio se dirime en la instancia extraordinaria es la *eficacia* de estas como condición necesaria para entender configurada la conclusión de la última etapa del proceso.

Para dar una respuesta a esta cuestión, el voto mayoritario parece centrarse en una noción de rendimiento procesal de lo actuado, estrechamente vinculada con la noción de economía procesal, lo que se corrobora con los argumentos expuestos y en particular con la clara alusión a la *eficiencia* (15) habida en el considerando 7°.

De esta manera, la Corte relaciona la eficacia con la *eficiencia*, es decir, no alcanza con lograr el objetivo procesal perseguido, sino que también debe hacérselo con resguardo del valor de la economía procesal. Porque más allá de lograr la subsanación del estado de cosas lesivo, se procura hacerlo con el menor dispendio pro-

(14) COUTURE, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Montevideo, 2002, 4ª edición, p. 160.

(15) En la Economía, se suele vincular esta noción con la optimización de recursos. Es decir que, entre dos medidas igualmente eficaces para lograr el fin perseguido, una puede ser más eficiente que la otra de acuerdo con el empleo que haga de los recursos disponibles.

cesal posible o aprovechando al máximo los esfuerzos procesales involucrados.

El pivó argumental del voto mayoritario radica en la necesaria efectividad (vertical) del *habeas corpus*. Sin embargo, el voto del ministro Rosatti sigue otro derrotero. Dedicó este los considerandos 7° y 8° al señalamiento del carácter estructural del caso y la necesidad de adecuar las decisiones a dicha naturaleza compleja. Ello con el fin de garantizar la efectiva vigencia del mandato constitucional en juego y el respeto de los derechos que de él se desprenden (cdo. 7° *in fine*).

Afirma que la dificultad de la ejecución de la sentencia en estos casos se deriva de la naturaleza compleja de los conflictos abordados —los que imponen la revisión de políticas públicas o prácticas institucionales— y del tipo de obligaciones que se debe imponer en las resoluciones. Esto último, motiva que el proceso de ejecución sea prologando y complejo, permitiendo que durante su curso se modifiquen los sujetos particulares involucrados (aunque no su rol o pertenencia colectiva), así como también las modalidades del agravio originario, manteniéndose no obstante el cuadro crítico que generó la presentación judicial colectiva.

Este señalamiento del voto particular acierta con precisión en el corazón del problema jurídico que la Corte debía resolver. Porque, en definitiva, más allá de la doctrina particular sobre el *habeas corpus* que la mayoría refiere —al abordar la necesidad de lograr su eficacia— aquí más interesa señalar el carácter estructural del problema que los caracteres de la acción específica. De hecho, me atrevería a sostener que la mayor trascendencia del caso “Verbitsky I” resulta de ser el primer proceso estructural planteado en nuestro país, con independencia de haber sido un caso de *habeas corpus*.

Por ello, pienso que de la opinión en minoría se puede seguir, con naturalidad, que para todo proceso estructural se deben organizar instancias de ejecución complejas y de largo alcance. Cuestión que, entonces, expande la doctrina del *habeas corpus* ya citada. Y en este sentido, la eficacia impone lograr el mejor rendimiento procesal posible del propio proceso en curso,

anudando así la noción de eficacia con la de eficiencia procesal.

Pero no concluye allí el interés del voto de Rosatti. Inquieta el magistrado: “¿Cuándo se puede dar por concluido un proceso de ejecución en estos casos?” (cdo. 9°) Ensayó su respuesta desde un doble enfoque. Afirma que, desde un punto de vista *institucional*, estos concluyen cuando se establecen objetivos en la sentencia y se determinan los responsables para su cumplimiento. En cambio, en el plano *funcional*, terminan cuando se comprueba un nivel de cumplimiento efectivo de las acciones y medidas dispuestas para la solución del caso. Muestra, a la vez, que estas son suficientes para frustrar razonablemente la posibilidad de reversiones que reediten la situación inicial.

Estas afirmaciones definen el rol que cabe al poder judicial en la custodia de la vigencia de los derechos, a la par que calibran adecuadamente los alcances de la eficacia procesal aplicada a los procesos de reforma estructural. Por esto resulta sumamente trascendente asumir que esta etapa tendrá que durar el tiempo que sea necesario para la consumación del cambio perseguido.

Las posibilidades para el desarrollo de esta son múltiples, según puede verse en la experiencia nacional y comparada (16). Sin embargo, parece una cuestión irrenunciable la presencia del juez en esta etapa y la posibilidad de cierto control periódico de los avances sobre los cambios exigibles. Ello sin perjuicio de la posibilidad de ir arbitrando modificaciones sobre los mandamientos judiciales cuando las condiciones así lo requiriesen. Además, en esta etapa también resulta crucial la participación de los afectados y las autoridades obligadas, guiadas

(16) El tema relativo a la fase de ejecución de estas sentencias resulta uno de los más novedosos para nuestra práctica constitucional. Sobre la experiencia del caso colombiano, véase: RODRÍGUEZ GARAVITO, C. - RODRÍGUEZ FRANCO, D., “Cortes y cambio social”, Colección Dejusticia, Colombia, 2010. Para un análisis más detenido y una propuesta de regulación remito a mi libro: Juicio a la desigualdad. La defensa de los derechos sociales a través del proceso, Marcial Pons, 2021.

por una “racionalidad comunicativa” (17) para la construcción de soluciones.

V. Algunas conclusiones

Como todos sabemos, aunque algunos parecen olvidarlo, el artículo 18 de la CN prescribe: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires se apartan de tales condiciones como ha sido declarado judicialmente, aunque esto sea tan evidente que a nadie se le escape. Esta situación es grave por su inconstitucionalidad y también por la responsabilidad internacional que puede acarrear, tal como la propia Corte lo ha subrayado. Pero lo es, en especial, porque con ella se evidencia una de las formas en las cuales el Estado maltrata a sus ciudadanos. No creo que sea algo que no conozcamos de cerca, seguramente todos hayamos sentido en algún momento de nuestra vida su anárquica opresión. Sin embargo, solo cuando hemos podido conocer la privación de la libertad relativa que nos trajo la reciente pandemia, tenemos mayores elementos para empatizar con quienes —aun siendo penalmente responsables— no merecen tales condiciones de destrato.

El litigio orientado por el interés público aparece entonces como una herramienta de activismo legal para conciliar la realidad con aquellos valores que compartimos y a los que nos hemos comprometido como comunidad. Esta forma encarna valores saludables para la vida en común como la solidaridad y el altruismo. Viene así, a plantear una revolución en las formas clásicas del litigio y de la jurisdicción. Las adecuaciones procesales se vuelven imperiosas si hemos de garantizar a estos derechos una tutela judicial efectiva.

(17) HABERMAS, Jürgen, “Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la Teoría de los actos de habla, en Verdad y justificación”, Editorial Trotta, Madrid, 2002, (pp. 99-123).

Aquí he analizado la importancia de revisar la noción de instancia procesal aplicada a la duración de la etapa de ejecución de sentencia en los procesos de reforma estructural. Hemos visto que tendrá que durar lo que sea necesario para lograr la efectividad de los objetivos fijados en la sentencia que le precede. Pero hemos advertido también, según lo dicho por la propia Corte, que no alcanza con emplear la eficacia como estándar de evaluación. La ejecución de sentencia se ha de orientar además por la eficiencia procesal que se vincula con el principio de economía procesal y así, habrá de guiar el obrar de los magistrados actuantes.

Este pequeño aporte procesal, aunque parezca insignificante no lo es. El impacto de la adecuación del proceso judicial para dar respuesta a este tipo de reclamos puede ser enorme. En primer lugar, porque el Poder Judicial estará actuando en defensa de los derechos de todo un colectivo de afectados y esto, de por sí, genera efectos expansivos. Luego, por cuanto en su rol de guardián de los derechos fundamentales habrá de forzar el compromiso de los actores políticos, quienes tienen a cargo el diseño y la gestión de la política criminal.

El caso que analizamos aborda uno de los problemas más importantes del litigio de reforma estructural, cual es el desarrollo de dicho cambio en la realidad concreta, impulsando un trabajo de largo alcance. Entiendo que lo hace con ajuste a la experiencia comparada y a los valores implícitos en nuestro ordenamiento. Lineamientos estos que debieran ser tenidos en cuenta en las regulaciones procesales que se vuelven cada vez más urgentes.

Por lo que he señalado, estimo que la decisión es sumamente trascendente. Sin embargo, por sus propias notas y por el rol que ha asumido la Corte, esta historia tiene un final abierto. Tendremos que esperar para conocer cómo habrá de encauzar el tribunal local este proceso de reforma estructural. Mientras lo hacemos, propongo que sigamos pensando juntos acerca de los avances que el derecho procesal puede hacer para contribuir con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

La vulnerabilidad en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial

Gabriel H. Quadri

Sumario: I. Sobre el objeto del presente.— II. Situaciones de vulnerabilidad en el proceso judicial.— III. En la base de todo: el derecho a la tutela judicial efectiva.— IV. Tutelas diferenciadas.— V. Acerca del principio de igualdad en el proceso.— VI. Un proceso hecho a medida (ajustes y adaptaciones de las reglas procesales de acuerdo con las circunstancias subjetivas de las partes).— VII. Antes de ir al Anteproyecto, algunas reflexiones más sobre la vulnerabilidad.— VIII. La vulnerabilidad en el Anteproyecto.— IX. Conclusiones.

I. Sobre el objeto del presente

Estas reflexiones apuntan a dar una mirada preliminar, a algunos aspectos del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial para la provincia de Buenos Aires (1).

El Anteproyecto fue presentado durante el mes de agosto de 2021, puesto a consideración de la ciudadanía en general y de las diversas instituciones y entidades involucradas, generando al efecto una plataforma digital (2) donde se alojaron las propuestas legislativas, la cual permite acceder a ellas y dejar comentarios a su respecto (3).

Nuestro propósito es detenernos en algunos aspectos de dicho Anteproyecto, puntualmente los que regulan la situación de las personas en situación de vulnerabilidad en el marco de los procesos contemplados por este.

(1) Que puede descargarse desde aquí https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/sites/default/files/documentos/ANTEPROYECTO_DE_C%3%93DIGO_PROCESAL_DE_FAMILIAS_CIVIL_Y_COMERCIAL_1.pdf.

(2) <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/>.

(3) Puede verse <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/noticias/la-provincia-present%C3%B3-la-plataforma-digital>.

Pero antes, y a modo de introducción, reeditaremos —preliminarmente— algunas consideraciones efectuadas en un trabajo de hace algunos años (4) ya que puede servir de antecedente para mensurar la importancia de este tipo de regulaciones y el gran acierto que implica, desde nuestro punto de vista, que el legislador bonaerense se haga cargo del asunto.

II. Situaciones de vulnerabilidad en el proceso judicial

Lo que procuramos analizar en aquel trabajo fue la necesidad de que, frente a determinadas condiciones subjetivas de las partes intervinientes, ciertos aspectos de nuestro proceso se reconstruyan, partiendo desde aséptico y genérico diagrama de la ley procesal (los Códigos Procesales) para adaptarse a las específicas características del caso concreto.

Indicábamos que el fenómeno de la *constitucionalización del derecho civil* no ha sido ajeno, por cierto, a nuestro proceso civil e, incluso, rearmamos el impacto que las directrices de los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. tendrá en el ámbito procesal.

(4) QUADRI, Gabriel H., "Situaciones de vulnerabilidad, proceso civil y constitución: ¿tutelas diferenciadas?", JA, 2018-I, 1048.

En esta faena, y para abordar el tema propuesto, nos detuvimos en algunas normas convencionales y constitucionales para estudiar cuáles, o debería ser, su impacto en nuestro proceso civil.

III. En la base de todo: el derecho a la tutela judicial efectiva

Partiendo de la base de que, como bien lo ha advertido Morello, lo importante no es actualmente la retórica de las garantías sino su vigencia plena, su operatividad real y un sentimiento generalizado de que, en la praxis, funcionan con resultados fecundos (5), decíamos en el trabajo citado que el deber del Estado de prestar tutela judicial efectiva tiene jerarquía constitucional como derecho expresamente consagrado.

Es que, a tenor de lo establecido por el art. 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina, el derecho a la tutela judicial efectiva ya no queda relegado a la categoría de los implícitos (art. 33 de dicha Constitución) ni resulta necesario extraerlo de otros preceptos constitucionales.

Ello así por cuanto el art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

El art. 2°, inciso 3 apartado a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, por su parte, que “cada uno de los Estados Parte en el mismo se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

A su turno el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a un recurso senci-

(5) MORELLO, Augusto Mario. "Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales". Librería Editora Platense, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998, p. 82.

llo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Señalando que el derecho a la tutela judicial efectiva es tanto un derecho fundamental en sí mismo como a la vez una garantía de todos los demás derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona; de este modo, requiere que se establezcan medios procesales idóneos para la satisfacción de los derechos reconocidos, creados o regulados por las normas, ello en orden a que la judicatura pueda satisfacer —y de hecho lo haga— el derecho fundamental al que venimos refiriéndonos (6).

Es decir que por imperio constitucional tanto el legislador como la jurisdicción están obligados a brindar al justiciable, en todos los casos, una respuesta eficaz so pena de contrariar el mandato del constituyente; así, las violaciones al derecho a la tutela jurisdiccional procederán siempre del Estado en tanto, si provinieran de otro sujeto, este debería articular los medios para hacerla cesar (7).

Ahora bien, en muchas ocasiones, la efectividad de la tutela requiere que el proceso adquiera alguna forma específica; por eso también hablamos, en aquel aporte, de tutelas diferenciadas.

IV. Tutelas diferenciadas

Decíamos, entonces, que la tutela diferenciada atiende la necesidad de tornar flexibles las tutelas jurisdiccionales con la finalidad de adaptarlas a la realidad, tutelando de forma más adecuada cada derecho sustancial; sería, en suma,

(6) TOLLER, Fernando M. "El moderno derecho a la tutela judicial efectiva: de las garantías formales al derecho a la protección de los derechos materiales". Derecho administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. 2003, Año 15. Buenos Aires, De Palma, 2003.

(7) GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. "El derecho a la tutela jurisdiccional". Editorial Civitas SA, Madrid, 1984, Primera edición, p. 21.

una especie de tutela jurisdiccional adecuada a la realidad del derecho material **(8)**.

En sintonía con ello expresa Marinoni que el Estado, para cumplir su obligación de prestar debida tutela jurisdiccional, debe otorgar al ciudadano el poder de utilizar la técnica procesal adecuada al caso concreto, so pena de apartarse de las exigencias constitucionales **(9)**.

Remarca Berizonce que la operancia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos y ello en el marco del deber genérico de aseguramiento positivo que viene impuesto por la propia Constitución (art. 75, numeral 23) **(10)**.

Concretamente, *no todos los casos son iguales y es necesario que, en ciertas situaciones puntuales, el proceso se adecue a la índole, tenor y naturaleza de las cuestiones que subyacen.*

Remarcábamos que nuestro sistema jurídico nos coloca frente a claras situaciones en las cuales se ha diseñado algún procedimiento específico y diferenciado del clásico proceso de conocimiento; así, se habla de las medidas autosatisfactivas, cautelas materiales o de tutela anticipada, como manifestaciones de las tutelas diferenciadas; también podemos referirnos a microsistemas protectorios de acuerdo con la sustancia del derecho a resguardar (del trabajador, del ambiente, del consumidor, etc.).

Pero allí no nos deteníamos sobre este punto, sino que intentamos profundizar en ciertas situaciones en las cuales la condición subjetiva

(8) AMARAL, Julio Ricardo de Paula, "Tutela anticipatoria". Editora Saraiva. São Paulo. 2004, p. 45.

(9) MARINONI, Luiz Guilherme, "Antecipação da tutela". Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2006., Novena edición, actualizada y ampliada, pp. 164 y 167.

(10) BERIZONCE, Roberto O., "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, 2008-2, p. 35.

de alguno de los intervinientes reclama no ya un proceso específico, sino ciertos ajustes y adaptaciones puntuales a los procesos normales u ordinarios.

Y lo exponíamos como una *tutela diferenciada subjetiva*.

Luego de sobrevolar las ideas de algunos de los más autorizados pensadores del procesalismo local, exponíamos que *se podía caracterizar como tutela diferenciada no solo a aquellos mecanismos procesales de cierta complejidad, o autónomos, sino también a aquellos casos en los cuales la específica condición subjetiva de las partes ameritaba ajustes y reformulaciones en los procedimientos comunes u ordinarios.*

Trajimos a colación, allí, un trabajo de Silvia Esperanza en el cual la autora señalaba que, al hablar de tutela anticipada, la palabra tutela está utilizada en la acepción referida a la protección y diferenciada, del verbo diferenciar, en el sentido de hacer distinción, empleada como adjetivo referido al sustantivo tutela. Con el fin de denotar que la protección que se otorga es distinta (tutela diferenciada); agregando que lo diferenciado de la tutela radica en la protección otorgada a los derechos privilegiados **(11)**.

En este contexto, pensamos que es tan diferenciada la tutela que se dispensa cuando se diseña un procedimiento específico para canalizar ciertas cuestiones, como cuando —sobre el molde de los procesos comunes— se opera teniendo en cuenta la condición subjetiva de alguna de las partes.

Decía al respecto Berizonce que el ordenamiento procesal y las decisiones creativas de los jueces, al jerarquizar cierto tipo de derechos, recogen una escala de valores en consonancia con los que preferencia la comunidad en un tiempo determinado. Remarcando que a la tradicional tutela privilegiada de la propiedad (interdictos, acciones posesorias, sumarias, etcétera), incluyendo los derechos intelectuales y autorales, o de las relaciones mercantiles (títulos ejecutivos comunes, especiales, etcétera),

(11) ESPERANZA, Silvia L., "Cuestiones procedimentales en las tutelas diferenciadas", Sup. DJProc. 2010 (febrero), 1.

se suma ahora, en función de las nuevas escalas valorativas, la protección diferenciada de los derechos del trabajo y la seguridad social, y de aquellos personalísimos (a la intimidad, a la dignidad, a la salud, a la no discriminación, a la exclusión de la violencia familiar, a la calidad de vida en general, etcétera); tanto como las situaciones subjetivas de ciertas categorías de personas desventajadas (niños, mujeres, ancianos, discapacitados) y aún, la de los derechos de los consumidores y usuarios, los vinculados con el medio ambiente, el patrimonio cultural y artístico común, los que generan las pequeñas causas, los que derivan de la "coexistencialidad" en general, etcétera (12).

Como está a la vista, el maestro platense nos habla —además del catálogo de situaciones relativas a la índole de la cuestión— a situaciones subjetivas de ciertas categorías de personas desventajadas (13).

Y decíamos que, cuando hablamos de tutelas diferenciadas en razón de las circunstancias subjetivas, preferimos hacer referencia a ajustes o adecuaciones del proceso y no al rediseño total de la tramitación.

Destacábamos allí situaciones que se vivencian en la práctica donde parecería que ciertos procesos (que involucran reclamos de personas destinatarias de una protección específica) merecen cierta atención, y otros no tanta.

Un ejemplo: si llega para decidir un amparo donde el accionante es un menor y el tema involucra cuestiones de salud, probablemente se le dé un trato célere y preferente; ahora, si el mismo menor, en lugar de accionar por vía de amparo, es actor en un proceso de daños y perjuicios, probablemente vaya a una pila de trámite común, y obtenga el mismo trámite que todos los otros procesos de conocimiento. Lo mismo sucedería, por ejemplo, si se trata del reclamo de un adulto mayor.

¿Y por qué pasa esto?

(12) BERIZONCE, Roberto O., "Fundamentos y confines", ob. cit.

(13) BERIZONCE, Roberto O., "Fundamentos y confines", ob. cit.

Nos arriesgamos a atinar una opinión: *quizás porque se piense solo en función de la tipología procesal, en lugar de adoptar una visión más amplia.*

La mejor muestra de esto es, sin dudas, lo sucedido en el caso "Furlan" (14). No tenemos ninguna duda: nuestros casilleros judiciales estarán repletos de expedientes (hoy digitalizados) equivalentes a aquel, con la única diferencia que quizás esos casos no lleguen a los tribunales internacionales; y por ello esto nadie lo ve. ¿Cómo no pensar en una tutela diferenciada para aquellas familias que pierden su sustento a causa del fallecimiento de su sostén monetario? (15). ¿No es marcadamente irrazonable, por caso, que se prevean tantos resguardos para el cumplimiento en materia de alimentos debidos por familiares (arts. 550 y subsiguientes, Cód. Civ. y Com.) y no se prevean los mismos resguardos cuando, por ejemplo, está en juego un menoscabo a la integridad psicofísica?

O sea, un juicio de alimentos puede ser urgente (porque de ello depende la subsistencia de un niño), pero quizás no miremos con tanta urgencia un desalojo, donde un adulto mayor reclama el recupero de su inmueble, quizás para volverlo a locar, lo que también puede hacer a su subsistencia (o calidad de vida).

Fue entonces que nos preguntamos si juzgamos, o protegemos, entonces por lo que dicen las carátulas de los expedientes o en base a preceptos apoyados en objetos procesales.

Luego, de ello, hicimos algunas reflexiones acerca del principio de igualdad, que nos parecieron relevantes y que viene bien reeditar por aquí.

(14) CIDH, 31/08/2012, "Furlan y Familiares vs. Argentina".

(15) El tema lo hemos desarrollado en QUADRI, Gabriel H., "Derechos fundamentales y tutelas procesales diferenciadas: especial aplicabilidad a los procesos que involucran a niñas, niños y adolescentes" en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes: la protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial (Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación), Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2015, t. III, p. 2761.

V. Acerca del principio de igualdad en el proceso

Argumentábamos allí acerca del principio de igualdad en el proceso.

Decíamos que este tiene *raigambre constitucional* e implica un *mandato bifronte impartido por el constituyente que se dirige*, en lo que aquí nos interesa y tal como ya lo hemos dejado suficientemente aclarado en acápites precedentes, *hacia el legislador y hacia la jurisdicción*.

En cuanto al legislador, el principio de igualdad de las partes en el proceso tiene, a nuestro modo de ver, varias proyecciones:

a) En primer lugar, impide al legislador efectuar en el ámbito del proceso discriminaciones prohibidas (léase arbitrarias, irrazonables, con finalidad hostil, persecutoria, etcétera). Así, el legislador —al dar vida a las normas procesales— debe siempre respetar aquel axioma de “igualdad en igualdad de condiciones”, otorgando —a su vez— las pautas rectoras por las que habrá de transitar el proceso y que guiarán a la jurisdicción a la efectiva vigencia de este principio.

En concreto: *en virtud del principio de igualdad de las partes en el proceso el legislador se halla obligado —en primer término— a sancionar normas que den igual trato a quienes se encuentren en igualdad de condiciones*.

b) La otra cara de lo señalado es que el legislador se halla obligado —para no contrariar el principio— *a sancionar normas que dispensen trato diverso a quienes, siempre bajo el prisma de la razonabilidad, se hallen en diversas situaciones*.

c) Las normas procesales deben, ya desde su nacimiento, perfilarse hacia la vigencia *efectiva* de la igualdad de las partes.

No será suficiente la creación de normas que se ocupen del aspecto formal del tema declarando quiméricamente la igualdad, es imprescindible que —ya desde su génesis— las normas e institutos procesales se encaminen hacia la vigencia *efectiva*, y no solo aparente, de este principio.

Solo así podrán cumplir las exigencias de la hora (véase como el constituyente de 1994 nos habla de igualdad *real* de oportunidades y de trato —art. 75, inciso 23, CN—).

d) En conexidad con lo ya dicho *queda también en cabeza del legislador la creación de normas e institutos procesales tendientes a remediar ciertas desigualdades, axiológicamente disvaliosas, que impiden el pleno y cabal ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (discriminación inversa) especialmente el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio*.

He aquí el mandato del constituyente hacia el legislador, debiendo tenerse especialmente en cuenta que es el legislador quien da nacimiento a las normas que esquematizan el proceso y que la existencia de normas jurídicas que estructuren adecuadamente —de acuerdo con su fin y, principalmente, ajustándose a la Constitución— el proceso serán la piedra basal para que, aplicándolas, la jurisdicción vele por la —*efectiva*— aplicación del principio.

Sin normas adecuadas, difícil —aunque no imposible (como ya lo veremos)— será que la jurisdicción consiga la *efectiva* vigencia del principio.

En cuanto a la jurisdicción, el principio tiene también sus proyecciones:

a) La jurisdicción tiene a su cargo velar por la eficaz vigencia del principio aun ante la omisión del legislador: no debe olvidarse que el principio abreva directamente en la Constitución y, por lo tanto, no es excusa para el juez la omisión del legislador de reglamentar el principio (16).

El principio seguirá vigente aun cuando el legislador no ya omita proveer lo conducente en orden a su vigencia, sino directamente lo contravenga: toda norma jurídica que imponga una diferenciación prohibida (léase irrazonable, ar-

(16) Bien nos recuerda la doctrina que la igualdad no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, sino que también sirve para vincular la conducta de los demás poderes públicos, véase al respecto BAZÁN, Víctor, "Impacto de la reforma constitucional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales", en JA Número Especial. A 10 años de la reforma constitucional. Ej. del 25/08/2004.

bitraria, persecutoria, hostil, etcétera) entre las partes, resultará insanablemente inconstitucional, y así habrá de ser declarada, pues —de no ser así— la jurisdicción incumplirá el mandato que el constituyente le confirió.

Pero, claro está, ello acontecerá cuando se trate de discriminaciones arbitrarias o irrazonables, no siéndole dable a la jurisdicción ingresar al análisis de la oportunidad, el mérito o la conveniencia de la clasificación, distingo o diferenciación establecida por el legislador.

b) En presencia de normas que impongan el deber de respetar este principio, la jurisdicción debe ceñirse a ellas estrictamente.

En concreto: *quedará en cabeza del magistrado no dispensar un trato diverso a las partes que se encuentren en igualdad de condiciones, mientras que también tendrá el deber de dispensar un trato diferenciado a aquellos sujetos procesales que no se hallen en igual situación* (“igualdad en igualdad de condiciones”, recordemos).

Y en ello radicará, fundamentalmente, uno de los aspectos más importantes que garantizarán la vigencia del principio: que la jurisdicción, en cada caso concreto que se le someta (y durante todo el trámite del proceso) cumpla, y haga cumplir, el mandato del constituyente relativo a la igualdad de las partes en el proceso.

c) Y lo dicho en el punto precedente, tiene —a su vez— sus ramificaciones: por un lado, el juez tendrá a su cargo, a lo largo de todo el proceso, ponderar adecuadamente cuál es la situación de cada una de las partes en él, cuidando siempre que no se le esté dispensando un trato desigual a las que se hallen en igualdad de condiciones o que no se le esté otorgando el mismo trato a quienes no lo están.

Bien lo ha señalado el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy, al postular que “el convenio de desocupación irroga particulares derechos y obligaciones a las partes, por lo que la asistencia jurídica es ineludible. Máxime si a la audiencia de conciliación una de las partes concurrió a formar su voluntad con la asistencia de un abogado, el juez debía cubrir el vacío a los fines de mantener la igualdad de los comparecientes. Al violar así, normas procesa-

les y constitucionales, tanto la audiencia como los actos procesales posteriores son nulos” (17); vemos así cómo se pone énfasis en la igualdad real entre las partes y en las consiguientes obligaciones de garantizarla —y tornarla efectiva— que pesan sobre la jurisdicción.

Finalmente, el juez tendrá a su cargo una actividad no menos importante: deberá velar en cada una de las causas sometidas a su conocimiento por una igualdad real, efectiva y no solo formal, debiendo arbitrar todos los medios que el orden procesal ponga a su alcance para que la discusión en el foro se haga en la más absoluta —en la medida de lo posible— paridad de condiciones: en la paridad de armas, dirá el maestro platense (18).

Con claridad señalaba la cimera jurisdicción bonaerense que el principio de contradicción se complementa con el de igualdad en la actuación procesal, no siendo suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que, para que esta sea efectiva, se hace necesario que ambas partes tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa. Aseverando que, como resultado, el proceso ha de ser un duelo con igualdad de armas, en donde actor y demandado han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (19).

O sea, y como conclusión preliminar, decíamos que no es necesaria la existencia de una igualdad aritmética de las partes en el proceso y que estaría justificado que se le dispensara un trato diverso a quienes se encuentren en diversidad de situaciones, en la medida en que ello no sea irrazonable.

Es más, indicábamos que *no solo estaría justificado que se le dispensara un trato diverso a quienes se encuentren en diversidad (objetiva de situaciones) sino que sería imprescindible que ello fuera así, pues si se tratara en forma igual a*

(17) STJ de Jujuy, 12/11/1995, expte. 4901/95, Base de datos Albremática.

(18) MORELLO, Augusto M., “Constitución y Proceso”, ob. cit., p. 66.

(19) SCBA, Ac. 70370 del 29/08/2001, Base de datos Juba sumario B25826.

los desiguales, se violentaría justamente el mandato igualitario.

Ahora, volvamos al principio: hemos dicho ya que el art. 75, inc. 23 de la CN pone en cabeza del Congreso Nacional la atribución de *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato*, como así también el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, haciendo referencia particular a ciertos grupos de personas: *los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*

Sucede que, cada uno de estos grupos, cuenta a su favor con una serie de normas convencionales que proyectan sus repercusiones, directamente, sobre lo procesal y que, desde nuestro punto de vista, vienen a reforzar la ya esbozada idea acerca de la existencia de ciertas tutelas diferenciadas que operan en base a las circunstancias subjetivas de los intervinientes en el proceso.

Evocamos un lúcido precedente de la casación bonaerense donde se señalaba que “como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva n° 16 del 1-X-1999, 'la presencia de factores de desigualdad real —como en la que se hallan los niños, niñas y adolescentes— obliga a adoptar medidas de compensación que contribuya a reducir o eliminar los obstáculos, y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus propios intereses' (párrafos 116 a 118; y. también Reglas de Brasilia 1, 5 y 24 inc. b, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada el 4 de marzo de 2008; ver mi voto en Ac. 99.204, sent. del 20-IX-2006; A. 70.717, sent. del 14-VI-2010)” (20).

Y otro más donde, citando a Berizonce, el Alto Tribunal indicaba que “las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado y a sus diversos poderes, incluyendo al judicial, de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos vulnerables o desfavorecidos, aludidos en el art. 75, inc.

23 del texto constitucional. La justicia protectora o de acompañamiento se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas que persiguen en general la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles” (21).

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido elocuente, al hablarnos de la existencia de un mandato del constituyente *de dar mayor protección a quienes más lo necesitan* (22).

Y todavía hay más: recordaba la Corte Interamericana en el ya recordado caso “Furlan” que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.

Con esto, quedamos en condiciones de proseguir.

VI. Un proceso hecho a medida (ajustes y adaptaciones de las reglas procesales de acuerdo con las circunstancias subjetivas de las partes)

Concluíamos en aquel aporte que, *cuando se le brinda un tratamiento singular o especializado a alguna de las partes en la controversia, nos hallamos dentro del ámbito de las tutelas diferenciadas, independientemente del tipo de procedimiento en el cual se opere.*

Y que un proceso en clave constitucional y convencional requiere, para ciertas situaciones, un rediseño y ajuste, acorde a la índole de la cues-

(21) SCBA, 22/04/2015, “M., M. N. d. C. y otros c. 17 de Agosto SA y otro. Daños y perjuicios”, voto de la mayoría.

(22) CS, 6/05/2014, “Pedraza, Héctor Hugo c. ANSeS s/ Acción de amparo”.

(20) SCBA, 18/11/2015, “Balint, Roberto Oscar y otro c. E, G. A. y otros s/Desalojo”.

ción debatida, como así también a la específica condición subjetiva de las partes intervinientes y, para nosotros, esto entra en el campo de las tutelas diferenciadas.

En el trabajo citado evocamos diversas situaciones concretas que implicaban adaptación de las reglas de trámite procesal a las circunstancias subjetivas de las partes intervinientes en cada uno de los procesos.

Por cierto, no vamos a reiterar aquí aquel análisis, pues si fuera de interés para el lector puede remitirse a dicho aporte.

Lo que sí vamos a analizar a continuación es cómo el Anteproyecto se enfoca en la cuestión de la vulnerabilidad de los sujetos procesales.

En este sentido, la regulación propuesta es extensa y profunda.

Evidentemente, es un Anteproyecto consustanciado con la cuestión de la vulnerabilidad y, desde ya, esta toma de postura es elogiada; más aún cuando la legislación proyectada está pensada para operar en el territorio bonaerense, que muestra un crisol de situaciones humanas que va desde la opulencia más extrema, a las más duras situaciones existenciales.

Tratar del mismo modo a estas personas no parece adecuado.

Con este tipo de regulaciones, creemos que el legislador cumple sobradamente con el antedicho mandato de dispensar un trato que, de alguna manera, remedie la situación de desnivel en que se encuentran las personas en condición de vulnerabilidad.

Y, por otro lado, brinda cierto grado de previsibilidad y claridad en el proceso, para que cada uno de sus intervinientes sepa, a ciencia cierta, cuáles son sus derechos, pero también cuáles son sus deberes, y no solo eso, sino también cuáles son los de la contraria (en el caso de las partes).

VII. Antes de ir al Anteproyecto, algunas reflexiones más sobre la vulnerabilidad

Llegado este punto y para ir precisando un poco ideas ¿qué entenderemos por vulnerabilidad?

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad nos indican que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” y que “podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico” (reglas 3 y 4).

En doctrina, nos dice Fulchiron que el término vulnerabilidad viene de una palabra latina que significa “herida”, herida del cuerpo o herida del espíritu. La persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, física o moralmente. La vulnerabilidad reenvía a la idea de fragilidad y de debilidad; ella apela a la necesidad de protección, de cuidados y de atención.

Agregando que, seguramente, la noción de vulnerabilidad no es una noción jurídica si se la toma en el sentido estricto; pero esta situación de vulnerabilidad es a la vez objetiva y subjetiva (ya que su sentido le adviene de la mirada que los otros o que la sociedad deposita en la persona vulnerable y sobre la necesidad de protección que consecuentemente se despierta), ha adquirido poco a poco una dimensión jurídica. A tal punto, que el concepto de vulnerabilidad asoma hoy día en todos los sistemas jurídicos a nivel nacional, a nivel internacional y a nivel europeo.

Agregando que la palabra “vulnerabilidad” conserva una cierta ambigüedad, y es eso lo que contribuye a su éxito, como tantos otros conceptos vagos o abiertos en vías de “cristalización” jurídica.

Y señalando que, no obstante, la diversidad de concepciones propias de cada autor, pueden

identificarse dentro del concepto algunas características:

- se trata de un concepto potencial puesto que hace referencia a una posibilidad (“vulnerabilidad”): la potencialidad de una herida ligada a la eventualidad de una amenaza de afectación de la persona y de que esa afectación se produzca efectivamente,

- se trata de un concepto a la vez objetivo y subjetivo, y como el concepto está ligado a la noción de “seguridad”, lo que remite a que la amenaza de la afectación pueda ser establecida objetivamente. No obstante, es su percepción subjetiva la que también cuenta a la hora de evaluar la vulnerabilidad de una persona. En rigor de verdad, es la mirada con la que se mira a la persona que está en una situación particular la que hará que uno la considere como vulnerable o que pertenezca a la categoría de vulnerable,

- el concepto puede ser aplicado a las situaciones ligadas a la edad, a situaciones ligadas a causas naturales, situaciones ligadas a un estado de subordinación, o también situaciones ligadas al derecho mismo, en razón de que lo que algunos llamarán la “violencia del derecho”,

- la diversidad de situaciones de vulnerabilidad es la marca de una noción que, como muchas otras, se deslíe y se diluye al mismo tiempo que se solidifica (se “cristaliza”), en algunos de sus elementos,

- el concepto de vulnerabilidad constituye lo que uno llama un concepto “relacional”, es decir que un individuo es susceptible de ser víctima de una afectación porque otro (ese otro puede ser un particular o un agente que interviene en nombre de la sociedad) lo amenaza. Y como lo han subrayado ciertos autores, lo uno implica a lo otro,

- el concepto de vulnerabilidad es a la vez descriptivo de un estado y prescriptivo de un estatuto: la situación calificada de situación de vulnerabilidad llama a una protección que se construirá poco a poco en estatuto, estatuto parcial o parcelario (notablemente cuando las situaciones son diversas, como lo es el caso de las personas de edad avanzada o debilitadas por

la enfermedad), o un estatuto completo y coherente (p. ej. cuando la situación está claramente identificada así como las necesidades que dicho estatuto comporta).

Remarcando que, a pesar de la ambigüedad o vaguedad conceptual que la rodea, la noción de vulnerabilidad se transforma poco a poco en una noción clave de los sistemas jurídicos contemporáneos (23).

De hecho, y tan clave es, que hoy estamos analizando cómo esta noción atraviesa un Código de Procedimientos.

Y ello es elogiable por donde se lo mire.

Ya la doctrina especializada (24) ha expuesto que acreditada la pertenencia de la persona a un colectivo de vulnerabilidad que afecte o dificulte el goce y ejercicio de sus derechos, será esa misma fragilidad que padece en los hechos la que lo empodere en el proceso.

Remarcando la mayor diligencia que, en estos casos, se espera de magistradas y magistrados en cuanto a su actuación oficiosa.

Y recordando antecedentes de la CIDH en cuanto a que, para alcanzar sus objetivos, “el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja

(23) FULCHIRON, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en AAVV., “Tratado de la vulnerabilidad”, Úrsula Basset, Hugues Fulchiron, Christine Bidaud-Garon y Jorge N. Lafferrière (directores), La Ley, Buenos Aires, 2017, ebook disponible en Thomson Reuters proview, cap. 1.

(24) SOSA, Guillermina Leontina, “Perspectiva de vulnerabilidad y trascendencia del principio del *effet utile*”, LA LEY, 2019-E, 165.

disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (25).

No podemos seguir profundizando sobre el punto, porque la idea del trabajo es otra.

Pero evidentemente esto que hemos expuesto subyace en la, lúcida, regulación contenida en el Anteproyecto, a la que en seguida vamos a referirnos.

VIII. La vulnerabilidad en el Anteproyecto

VIII.1. La vulnerabilidad dentro de las matrices rectoras

La importancia de esta información, en textos normativos, es fundamental porque nos permite comprender, mejor, a qué se apuntó en la regulación.

El Anteproyecto señala, en sus fundamentos:

“Cada una de estas modificaciones tiene su propia explicación, pero se encuentran guiadas por principios vinculados con la igualdad, el enfoque de derechos humanos y de géneros.

“De acuerdo con lo anterior, los principios que deben guiar tanto la interpretación de las reglas del Anteproyecto cuanto sus posibles tensiones son:

“- El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, en especial de las personas en situación de vulnerabilidad y grupos subalternizados, de modo que la interpretación y aplicación de reglas se realice en vistas de maximizar el acceso a la justicia y la tutela judicial.

“- La igualdad, procurando que la interpretación y aplicación de reglas evite que las desigualdades socioeconómicas, de géneros, culturales y las discapacidades de las partes se traduzcan en desigualdades procesales.

“- El enfoque de derechos y perspectiva de géneros, que estipula que las actuaciones que

pongan en práctica reglas deben desarrollarse con esta perspectiva y enfoque”.

O sea, la cuestión de la vulnerabilidad aparece en el corazón de la regulación propuesta.

Asimismo, el Anteproyecto explica que, si bien uno de los objetivos es alcanzar trámites más rápidos y eficaces, “la matriz eficientista meramente instrumental debe estar guiada por principios sustantivos” destacando que “si un código procesal reproduce injusticias, de nada sirve que las reproduzca de modo más rápido y eficiente” y que “los trámites judiciales deben ser más eficientes, pero no para llegar más rápido a cualquier decisión sino solo a aquellas que son equitativas”.

Destaca que “los códigos procesales hacen ‘como si’ las personas que intentan resolver los conflictos son iguales, pero por razones de redistribución, reconocimiento o representación no lo son”.

Remarcando (con cita a Nancy Fraser) que “si los diseños procesales hacen ‘como si’ no existieran estas desigualdades, los juzgados y tribunales llamados a impartir justicia, se transforman en un escenario de reproducción de las injusticias”.

Indicando que “muchas juezas y jueces perforan la ficción del ‘como si’ y son sensibles hacia las desigualdades, pero debemos establecer reglas procesales que, sin vulnerar el derecho de defensa ni orientar la resolución de los procesos, equilibren al menos parcialmente las desigualdades de las partes”.

Y luego evoca varios aspectos de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad y antecedentes de la Corte y Comisión Interamericana.

A partir de allí, se explica que el Anteproyecto incluye una declaración de personas en situación de vulnerabilidad, y obliga a juezas y jueces a tomar ciertas medidas, destacando que “la declaración supone que la jueza o juez identifique si alguna de las partes pertenece a un grupo subalternizado y esta situación repercute negativamente en sus posibilidades para actuar en el proceso” y que frente a esta declaración se ac-

(25) Corte IDH, 06/04/2006, caso “Baldeón García”, párr. 202.

tivan una serie de prerrogativas y adaptaciones procesales (incluso en el ámbito de la litigación frente a la Suprema Corte), que se enumeran.

VIII.2. La vulnerabilidad, dentro de los principios

Sobre la cuestión se vuelve al hablar de los principios que subyacen al Código.

No ignoramos, aquí, la discusión que cada cierto tiempo vuelve a renovarse acerca de si es correcto, o no, que un Código mencione expresamente ciertos principios.

Personalmente, nos parece correcto porque trae claridad y advierte a las y los operadores acerca de cuáles son las directrices de las que no deben apartarse.

La formidable utilidad de los principios, para la resolución de los casos, aparece claramente indicada en el art. 2° del Cód. Civ. y Com.

Volvamos al Anteproyecto.

En él leemos:

“Los principios deben considerarse como criterios a la luz de los cuales deben interpretarse las disposiciones de este código, y resolverse los conflictos que se susciten ante situaciones no previstas o con soluciones múltiples. Cuando la jueza o juez lo considere y lo justifique debidamente, la aplicación de alguna de las reglas de este código podrá morigerarse si se transforma en un obstáculo para la realización de los principios”.

Y entre los principios que se enuncian se dice que “debe garantizarse, sin discriminación, el acceso a la justicia individual y colectiva; en especial en los casos de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y de grupos subalternizados” y que “las desigualdades socioeconómicas, de géneros y culturales o la discapacidad de las partes no se deben traducir en desventajas procesales”.

O sea, ya no es cuestión solo de los fundamentos, sino que dentro del texto vigente encontramos unas directivas, fuertes, que apuntan a la igualdad real y no solo formal, con la necesidad de propender a nivelaciones efectivas.

Por cierto, el hecho de tratarse de principios derrama su virtualidad sobre toda la normativa, con las antedichas finalidades: interpretar las disposiciones del Código y resolver los casos planteados, valiendo —incluso— para rellenar, con esta perspectiva, la regulación en el supuesto de que no estuviera expresamente previsto en la legislación.

VIII.3. La declaración de situación de vulnerabilidad

Ya hemos dicho, más arriba, que la definición de la situación de vulnerabilidad presentaba ciertos desafíos e indocilidades.

De este modo, habrá que determinar, en cada caso, si una persona se encuentra, o no, en situación de vulnerabilidad.

En ciertas situaciones ello puede ser evidente, y en otras no tanto.

Al respecto, el Capítulo 10 consagra una novedad: *una especie de incidente que apunta a obtener una declaración de situación de vulnerabilidad en cabeza de alguna de las partes*, lo cual dispara la aplicación de las consecuencias jurídicas que el sistema dispone para estos casos.

Veamos cómo se lo regula.

Según determina el art. 95:

- i. Funciona a pedido de parte.
- ii. Puede abarcar a una o a ambas partes.

iii. El presupuesto para esta declaración es que *la persona pertenezca a grupos subalternizados* (por razones de edad, capacidad restringida o incapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, migración o desplazamiento interno, situación socioeconómica, géneros y privación de libertad, enumeración que *no es taxativa*) *cuando tal circunstancia incida negativamente sobre sus posibilidades de actuación en el proceso*. Es decir, no parece alcanzar solo con la pertenencia a algún grupo desfavorecido para llegar a la declaración automática, sino que debería mediar algún análisis para determinar si dicha situación incide negativamente sobre sus posibilidades de actuación en el proceso. Como se ve, será necesario observar cada caso.

iv. Debe mediar planteo fundado (lo que, según entendemos, debería conllevar la afirmación de encontrarse en situación de vulnerabilidad y la descripción de los hechos pertinentes), con la demanda o contestación o posteriormente, siempre que se lo haga dentro de un plazo razonable después de haber sobrevenido esta situación.

v. Se resuelve con audiencia de la contraria.

vi. La decisión será apelable en forma restringida y con efecto no suspensivo.

vii. La decisión es provisional; una vez firme la declaración la contraparte podrá promover un incidente para dejarla sin efecto en caso de acreditar hechos sobrevinientes que lo justifiquen (es decir, si hubieran variado las circunstancias).

Según establece el art. 96 además de los efectos previstos en el articulado (a los que ya nos iremos refiriendo), la declaración de vulnerabilidad implicará el deber de juezas y jueces de dar prioridad al respectivo trámite.

Finalmente, el art. 97 indica que mientras la resolución del pedido se encontrara pendiente, la jueza o juez podrá acordar a la parte los mismos efectos de la declaración en situación de vulnerabilidad, según el estado del trámite y la fuerza de convicción de las pruebas que se encuentren reunidas. Es decir, no se consagra una automaticidad en este sentido, sino una decisión específica en cada caso.

Llegado este punto, y luego de observar la normativa, nos quedan algunas dudas acerca de si solo en los casos en que se hubiera promovido esta declaración (recordemos, a pedido de parte y fundada) juezas y jueces podrán considerar a alguien en situación de vulnerabilidad o si también podrán hacerlo de manera oficiosa, en aquellos casos donde no se hubiera promovido el incidente.

Creemos que, apoyados en los fundamentos y principios que contiene el Anteproyecto, aun en defecto de petición, podría la magistratura entender incluida a una persona en la categoría de vulnerable y formular las pertinentes adaptaciones.

Otra cuestión que se nos presenta dudosa se da en relación con el texto del art. 96, en orden a determinar si la situación de vulnerabilidad solo autoriza a realizar los ajustes procesales expresamente mencionados en el texto legal, o también permite otros.

Aquí pensamos, de nuevo con apoyatura en los principios, que dada la esencialidad de la protección a las personas en situación de vulnerabilidad y ponderando, asimismo, la entidad de los deberes impuestos a juezes y juezas (que ya veremos), no debería interpretarse restrictivamente la regulación, pudiendo efectuarse cualquier otro ajuste procedimental que, el caso y la situación en concreto, impusiera.

Agregamos, finalmente, que para los supuestos que pueden considerarse de vulnerabilidad económica, se mantiene la institución del beneficio de litigar sin gastos, aunque con otra denominación y varios retoques procesales (arts. 171 a 182) contemplándose, incluso, la gratuidad automática de las actuaciones en los procesos colectivos cuando el grupo representado se encuentre conformado exclusivamente por personas en situación de vulnerabilidad (art. 181).

VIII.4. La protección a las personas en situación de vulnerabilidad como deber especial de juezas y jueces

En los Fundamentos se destaca un tramo que creemos capital: “cuando existan personas en situación de vulnerabilidad, las juezas y los jueces deben evitar que la desigualdad de las partes se traduzca en una desventaja en el ejercicio de los derechos y garantías en juego”.

De poco serviría la consagración de garantías y ajustes procesales, y toda una normativa formidable si, a la hora de llevarlo a la práctica, las autoridades competentes (en el caso juezas y jueces, de todas las instancias) no hicieran lo que corresponde para darles vigencia efectiva.

Por ello, nos parece muy relevante que en el art. 43 se mencione, como primer deber (inc. 1), el de “evitar que la desigualdad de las partes se traduzca en una desventaja en el ejercicio de los derechos y garantías en juego, especialmente cuando se trate de conflictos individuales o colectivos que involucren bienes o personas de

tutela constitucional o convencional preferente y/o medien situaciones de vulnerabilidad”.

Entendemos que su emplazamiento en el listado no es azaroso y tiene que ver con todo lo que ya venimos analizando: se lo ha puesto primero, porque se lo considera esencial y así es.

En sintonía con ello, el inciso 7° consagra un deber protectorio: el de “dictar, de oficio o a pedido de parte, las medidas de protección de derechos respecto de personas en situación de vulnerabilidad o de niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida o incapaces”. Es tan trascendente esta función protectoria que, incluso, releva a las y los consejeros de familia del deber de confidencialidad (art. 59, inc. 5) cuando estén en riesgo los derechos de estas personas, ante situaciones de urgencia y gravedad.

Incluso, a la hora de la ejecución de las decisiones, la vulnerabilidad coloca deberes especiales en cabeza de juezas y jueces, al mencionar el inciso 16 el de “procurar el cumplimiento de las decisiones judiciales y, cuando existan personas merecedoras de especial tutela, disponer medidas de salvaguarda y el seguimiento del caso”.

El inciso 20 cierra el artículo mencionado como deber el de “realizar los ajustes razonables para garantizar el debido proceso, mantener la integridad de las personas que intervienen y evitar la revictimización de las personas en situación de vulnerabilidad”.

Justamente este inciso es el que disipa, en cierto modo, las dudas que expresábamos en el punto anterior acerca de si jueces y juezas debían limitarse exclusivamente a lo señalado en el articulado, o tenían otros deberes adaptativos del procedimiento.

Por lo demás, el art. 46 indica que en los procesos que involucren personas en situación de vulnerabilidad, los deberes vinculados con la gestión del caso (descriptos en el art. 45) *se agravan y amplifican*.

Como se ve, el catálogo de deberes que se imponen a juezas y jueces cuando existan personas en condición de vulnerabilidad en el proceso es intenso y apunta, en definitiva, a dotar

de efectividad aquello que se enunció en los fundamentos y principios.

Es que, existiendo deberes, se tornan imperativos y de exigible cumplimiento, lo cual es importantísimo para obtener —al menos en alguna medida— la nivelación y la igualdad real, que se muestran como objetivo primordial del Anteproyecto.

VIII.5. En la Oficina Judicial

El Anteproyecto incorpora una figura novedosa a nivel provincial, que ya funciona en otros ámbitos territoriales: la Oficina Judicial, con la misión fundamental de ejercer las funciones administrativas de trámite del proceso (art. 52).

Esta oficina judicial se encuentra a cargo de una directora o director general (art. 53), a quien también se imponen determinados deberes cuando existen personas en situación de vulnerabilidad (art. 55, inc. 6).

VIII.6. Vulnerabilidad y prórroga de la competencia

El art. 2°, siguiendo la línea de las normas hoy vigentes, permite la prórroga de la competencia territorial en los asuntos exclusivamente patrimoniales con conformidad expresa o tácita de las partes, en la medida en que ello no perjudique a personas involucradas en relaciones de consumo *o se trate de personas en situación de vulnerabilidad*.

Como sabemos, la cuestión territorial impacta fuerte en las posibilidades de ejercicio de la defensa en juicio y, en este sentido, la prórroga de competencia espacial incluso expresa, no tendría virtualidad si afectara a personas en situación de vulnerabilidad.

VIII.7. En los actos procesales

La situación de vulnerabilidad aquí es tenida en cuenta

i. Para la presentación de escritos sin firma de abogada o abogado, en situaciones de urgencia (art. 119).

ii. Para la digitalización oficiosa de la documentación presentada (art. 189).

iii. Para la determinación del ámbito de realización de las audiencias (art. 196, inc. 8).

iv. Para la determinación de la justificación de la inasistencia a las audiencias (art. 197).

v. Para la decisión de realizar en forma remota algunas audiencias que deben desarrollarse de manera presencial (art. 198).

vi. A la hora de desarrollar las notificaciones procesales (arts. 209 y 217).

vii. En el ámbito de los plazos procesales (art. 229) donde se contempla una ampliación de alguno de ellos cuando la persona se encuentre en situación de vulnerabilidad (arts. 230, 509 último párrafo y 512).

VIII.8. En el ámbito de las medidas cautelares

El Anteproyecto (art. 280) mantiene el criterio abstencionista para el caso de jueces y juezas incompetentes que tuvieran que decretar medidas cautelares (básicamente, quien fuera incompetente debe abstenerse de decretarlas) pero señala como excepción no ya el caso de urgencia sino el supuesto de las personas que presumiblemente encuadren en situación de vulnerabilidad en los términos del art. 95.

De este modo, estando en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad, jueces y juezas, aun incompetentes, podrán decretar medidas cautelares en los términos de la norma citada.

VIII.9. En el ámbito de las diligencias preliminares

La condición de vulnerabilidad es una de las condiciones para tener en cuenta a la hora de determinar el tiempo, lugar y modo de exhibición de cosas e instrumentos (art. 339).

VIII.10. En el ámbito del intercambio previo a la demanda

El Anteproyecto incluye instituciones novedosas, y entre ellas la figura del intercambio previo a la demanda, en virtud de la cual al iniciar la mediación la parte requirente debe acompañar determinada información (art. 347).

El anteúltimo párrafo de dicho artículo indica que las partes no podrán articular pretensiones o defensas fundadas en documentos o personas propuestas para prestar declaración testimonial que no hubieran sido puestas a disposición de la contraria durante la mediación, ni pretender la reparación de daños que no hayan sido denunciados en esa etapa de acuerdo con lo previsto en este artículo, *pero deja a salvo de dicha limitación el caso de que se trate de personas en situación de vulnerabilidad*.

VIII.11. La vulnerabilidad, en lo probatorio

La situación de vulnerabilidad es también tenida en cuenta en lo atinente a la prueba.

En tal sentido:

i) Permite una excepción a la preclusión para el supuesto de aporte de documentos posteriores a la demanda o anteriores desconocidos (arts. 379 y 381).

ii) Autoriza reasignaciones de la carga probatoria, diversas a la pauta general (art. 400, inc. 4).

iii) Impone la intimación previa a la declaración de negligencia probatoria (art. 410).

VIII.12. En el ámbito del proceso de desalojo

Sabemos que lo habitacional es una situación acuciante y que, en muchas ocasiones, en los procesos de desalojo existen personas en situación de vulnerabilidad.

El Anteproyecto se ocupa de la cuestión.

El art. 820 impone al notificador o notificadora hacer constar la existencia de personas en situación de vulnerabilidad.

A la hora de ejecutar la sentencia, el art. 673 indica que, cuando tenga que efectuarse un lanzamiento, la fuerza pública deberá actuar con el mayor cuidado de la integridad física de las personas que ocupen el predio, y recurrir al uso de la fuerza solo cuando resulte indispensable y en la menor medida posible “y, en caso de estar involucradas personas en situación de vulnerabilidad, conforme a las Reglas de Brasilia” (inc. 2).

Asimismo, el art. 675 establece que “previo a ordenar el desalojo de personas o familias que habiten en barrios populares o que involucren a una pluralidad de familias o personas en situación de vulnerabilidad, la jueza o juez deberá oficiar al Ministerio provincial competente y convocar a una audiencia o encuentro para procurar una solución habitacional transitoria para las personas y/o familias afectadas”.

VIII.13. En la ejecución provisional o parcial de sentencias

El Anteproyecto contempla la novedad de que, bajo ciertas condiciones, la sentencia, aun recurrida, puede ejecutarse, de manera provisional.

En este contexto, la situación de vulnerabilidad también se torna relevante.

Al respecto, tenemos que —según lo determina el art. 690— si la sentencia se encuentra sujeta a apelación y el plazo para resolver el recurso por parte de la cámara no se encuentra vencido, la parte ejecutante deberá demostrar que existe un peligro de frustración del derecho reconocido en la sentencia y prestar la contracautela que la jueza o juez establezca, aun cuando cuente con acceso a litigar sin gastos o se encuentre en situación de vulnerabilidad.

Pero en el caso de las sentencias sujetas a recurso extraordinario, si venció el plazo para que la Suprema Corte de Justicia lo resuelva y la sentencia de Cámara fue confirmatoria de la sentencia de primera instancia, no se exigirá demostración de peligro o posibilidad de frustración del derecho reconocido. Tampoco se exigirá contracautela cuando cuente con acceso a litigar sin gastos o se encuentre en situación de vulnerabilidad.

En los demás casos, bastará con que la parte ejecutante preste la contracautela que la jueza o juez establezca, aun cuando cuente con beneficio de litigar sin gastos o se encuentre en situación de vulnerabilidad.

También se contempla la posibilidad de ejecución parcial (art. 692) y uno de los factores que se ponderan para permitirlos es, justamente, la situación de vulnerabilidad de las partes.

VIII.14. En el ámbito de los recursos

Aquí también existen repercusiones procesales de la vulnerabilidad.

En tal sentido, por ejemplo, se disculpa la inadmisibilidad del recurso en el caso de que quien apele una decisión dictada previo aviso a la contraria no lo hubiera contestado, en la medida en que se encuentre en situación de vulnerabilidad (art. 862).

También, como ya hemos visto antes, se contempla una ampliación de algunos plazos recursivos (art. 230, incisos 1 a 3).

Asimismo, se consagra un criterio amplio en el replanteo cuando quien lo efectúa se encuentre en condición de vulnerabilidad (art. 865) e incluso una posibilidad probatoria excepcional: la de ofrecer nueva prueba sobre los hechos ya alegados si les fue imposible o extraordinariamente dificultoso acceder oportunamente a la fuente de prueba o ignoraban su existencia (art. 866).

Por otro lado, se declara admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, aun cuando el valor del agravio no supere el monto mínimo, en la medida en que quien recurra sea una persona en situación de vulnerabilidad declarada (art. 891).

VIII.15. En la mediación

Asimismo, el Anteproyecto propone algunas modificaciones de la ley de mediación (13.951) para contemplar, en este ámbito, las situaciones de vulnerabilidad (art. 992).

IX. Conclusiones

Con este trabajo solo intentamos dar algunos motivos por los cuales, desde nuestro punto de vista, es imprescindible que los Códigos Procesales contemplen algunas adaptaciones para aquellos supuestos en que las personas intervinientes en el proceso se encuentren en situación de vulnerabilidad.

El fenómeno de la constitucionalización ya desplegó toda su virtualidad en el ámbito de la codificación fondal, a partir de la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Mientras tanto, lo procesal era una deuda pendiente.

Como bien se lo remarca al comenzar el Anteproyecto, el Código que nos rige está muy lejos de eso.

En lo relativo a la vulnerabilidad, creemos que la iniciativa del Anteproyecto comentado implica el cumplimiento del deber impuesto al legislador de sancionar procedimientos niveladores y que garanticen la igualdad real en el proceso.

Advertimos, desde ya, que aquí solo hemos sobrevolado los artículos que integran la propuesta legislativa, para dar noticia preliminar de ella y hacer algunas reflexiones a su respecto.

Mucho camino le queda, aún, por recorrer al Anteproyecto, fundamentalmente la apertura para ser analizado y discutido, por la ciudadanía y por las entidades que, de algún modo, están involucradas en la cuestión.

Quizás el texto prospere como está, o tal vez se lo modifique o retoque.

Eso no podemos, hoy, saberlo.

Pero lo que sí podemos afirmar, con todo convencimiento, es que necesariamente la constitucionalización debe llegar a nuestros Códigos Procesales y el Anteproyecto se ocupa de este tema, ofreciéndonos una interesantísima regulación para hacer frente a la situación de las personas de vulnerabilidad en el ámbito de estos procesos.

Estándares convencionales para una decisión razonablemente fundada

Herramientas para la construcción de sentencias con enfoque de género

Ornela C. Piccinelli (*)

Sumario: I. Introducción (y propuesta).— II. Enfoque de género como medida de acción positiva.— III. Estándares convencionales para la construcción de decisiones con enfoque de género.— IV. Herramientas para la construcción de sentencias con perspectiva de género.— V. A modo de cierre (siempre provisional).

“La estructura de las creencias es tan fuerte que permite que algunos tipos de violencia se justifiquen o ni siquiera sean considerados como violencia. Así, vemos que no se habla de asesinados sino de bajas, y que no se menciona la guerra sino la lucha por la libertad... Cualquiera que sea la libertad por la que luchamos, debe ser una libertad basada en la igualdad”

Judith BUTLER (filósofa, socióloga, escritora y profesora estadounidense).

I. Introducción (y propuesta)

El primer capítulo del título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación inaugura el apartado dedicado al “Derecho” con tres previsiones destinadas a quien deba aplicarlo. La tercera de ellas sienta respecto de quienes ejercen la magistratura el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

(*) Abogada (UNLP) Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA) Candidata a Magister en Derecho Procesal (UNLP). Docente por concurso de Derecho Procesal Civil (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP). Secretaria del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Prosecretaria Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata.

A su vez, el primero de los artículos de esa sección advierte que “los casos que [ese] Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (1), recordando de ese modo la jerarquía normativa que cabe asignar al bloque convencional en el sistema jurídico argentino; y de seguido —sin solución de continuidad— señala que la ley aplicable al caso “debe ser interpretada teniendo en cuenta [...] los tratados sobre derechos humanos” (2).

(1) Ver art. 1, CCC.

(2) Ver art. 2, CCC. Se trata de la profundización de lo que se ha dado en denominar “constitucionalización del derecho privado” que —como explica el profesor Berizonce— pone de manifiesto la fuerte influencia que ejercen la Constitución, las reglas supranacionales

Pues bien: incluida en el bloque de convencionalidad del art. 75 inc. 22, la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) compromete al Estado argentino a elaborar por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, denominada “Convención de Belém do Pará” (3), obliga a la Argentina a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; como asimismo a establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer víctima de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (4).

El compromiso al que remiten esos instrumentos de tutela —y las leyes dictadas en su consecuencia (5)— incluye indudablemente a

y la interpretación judicial proactiva -por la operatividad directa de los derechos que se tutelan— exigiendo inevitablemente el diálogo de fuentes que esas normas proponen en el marco de un “doble tránsito” integrador (BERIZONCE, Roberto O; “La Constitucionalización del proceso y su influencia normativa”. Conferencia General publicada en libro de Ponencias XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy 2015; disponible en <https://www.aadproc.org.ar/publicaciones/biblioteca-virtual/congreso-2015>).

(3) Aprobada en el año 1996, mediante la Ley 24.632 constituye el primer tratado vinculante en el mundo en reconocer que la violencia contra las mujeres constituye una violación sancionable de derechos humanos. Cuenta —según la jerarquía normativa de los arts. 31 y 75 inc. 22— con jerarquía superior a las leyes. Actualmente, mediante expediente 2075-D-2021 tramita por ante el Congreso de la Nación el proyecto legislativo para otorgarle rango constitucional de acuerdo con lo previsto por la Constitución Nacional.

(4) V. Art. 7 incisos f y g especialmente.

(5) V.gr. la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales; Ley Nacional 27.499 que impone la capacitación obligatoria en materia de género de todas las personas que trabajan en la función pública en cualquiera de

diferentes actores del sistema en su conjunto. De allí que en otro trabajo me haya ocupado de analizar cuáles son los estándares convencionales de gestión que deben satisfacerse en los casos de violencia contra las mujeres (6) en el entendimiento de que el diseño de procesos, técnicas y herramientas adecuadas en el marco de la reforma procesal resulta un punto prioritario de cara al cumplimiento de la obligación constitucional que concierne a los poderes del Estado de promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes en la materia.

En esta oportunidad —en cambio— me propongo analizar los estándares convencionales para la construcción de una decisión respetuosa del enfoque de género desde una perspectiva que no se agote en la descripción teórica del modelo analítico. Antes bien, este trabajo busca ofrecer herramientas concretas que sirvan de guía a quienes compete la tarea de decidir este tipo de asuntos.

Para ello parto de la siguiente premisa, que sostengo: *si de acuerdo con lo normado por el art. 3° del Cód. Civ. y Com. es condición de validez de las decisiones jurisdiccionales hallarse razonablemente fundadas, y si —a tenor de ese mismo título preliminar— los casos deben resolverse de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos, interpretando la ley de acuerdo a los principios que surgen de esos mismos instrumentos internacionales, el enfoque de género —que deriva de las Convenciones a las que aludí— resulta condición de validez de*

los tres poderes del Estado Nacional; o en el ámbito de la provincia de Buenos Aires —entre otras— la ley 15.134, estableció también capacitación obligatoria de quienes se desempeñen en la gestión pública, sin importar jerarquía ni forma de contratación, alcanzando a los tres poderes del Estado y a sus organismos descentralizados.

(6) V. PICCINELLI, Ornela; “Medidas de protección de víctimas de violencia de género: estándares convencionales para su gestión y decisión”. RDP 2019-2 Nuevas estructuras procesales; Rubinzal Culzoni editores; Buenos Aires 2019, pp. 175 y ss.

las sentencias en todos aquellos casos que involucren la necesidad de esa tutela (7).

En el recorrido que propongo partiré de una breve, y todavía necesaria, explicación inicial en relación con el enfoque de género: ¿de qué se trata?, ¿por qué resulta obligatorio para los órganos del Estado —y en lo que aquí importa, para el poder judicial—? Y fundamentalmente, ¿qué implica decidir con perspectiva de género?

Intentaré repasar muy brevemente de seguido, en un segundo apartado, los diferentes estándares convencionales que debería observar una decisión respetuosa de ese paradigma, tratando de evidenciar los rasgos sustantivos del marco teórico a la luz de la jurisprudencia internacional, las observaciones y las recomendaciones de los órganos regionales y universales de protección.

A partir de allí, la idea es —como anticipé— avanzar en el terreno de lo concreto. Me valdré para ello de valiosas experiencias comparadas: guías y protocolos especializados en la materia para proponer un método de análisis respetuoso del enfoque de género. El propósito de esta parte será apuntar pautas específicas para construir una decisión desde ese prisma.

Sobre el final revisaré algunas ideas centrales con la intención de interpelar a quienes, desde diferentes lugares, intervienen en la gestión y decisión de este especial tipo de conflictividad.

II. Enfoque de género como medida de acción positiva

La premisa de la que parto postula —como he alertado inicialmente— que el enfoque de género resulta condición de validez de las decisiones jurisdiccionales en todos aquellos casos que involucren la necesidad de esa tutela.

No me pasa desapercibido que, al ser un método analítico que propone una nueva manera de generar conocimiento, de repensar contenidos inveteradamente adquiridos y —sobre todo— de revisar la propia cotidianeidad a través de cristales que permiten descubrir aspectos in-

visibilizados históricamente sigue siendo frecuente la resistencia y —aún más— la irritación de “...quienes piensan que la perspectiva de género no les toca: que deben modificarse las mujeres objeto de los análisis o de las políticas” (LAGARDE, 1997, p. 7), y no al revés. Asimismo, es recurrente que confronte a quienes creen que es una técnica o una herramienta para hacer su trabajo, un requisito y nada más (LAGARDE, 1997, p. 7). Pero, aun cuando la perspectiva de género provo[que] resistencia, lo cierto es que constituye una herramienta valiosa e indispensable en el estudio de los diferentes fenómenos e instituciones sociales...” (8).

De allí que resulte pertinente alertar a quien encare la lectura de este trabajo que el abordaje de los conflictos desde la perspectiva de género es mucho más que una cuestión “de preferencia o elección”. No es un método de trabajo posible entre otros muchos, de acuerdo con pareceres diversos. Nada de ello: el enfoque de género es condición ineludible para la vigencia de la tutela judicial efectiva de quienes acuden al sistema judicial en búsqueda de protección (art. 75 incisos 22 y 23 CN; 15 Const. Prov. Bs. As.). Por ello atañe a todas las personas que intervienen en el sistema de justicia y, muy especialmente, a quienes ejercen la jurisdicción.

No me detendré aquí en la configuración de la noción “género” como categoría de análisis, ni en su desarrollo histórico. El marco teórico que subyace a la construcción es amplísimo y excede en mucho el alcance de esta propuesta, por lo que allí remito a quienes se interesen en profundizar al respecto (9).

Diré solamente, citando a Pautassi, que “el género como categoría del campo de las ciencias sociales es una de las contribuciones teóricas más significativas del feminismo contemporáneo. El concepto de género define aquello que ya formaba parte de la vida cotidiana y comienza de este modo una amplia producción de teorías e investigaciones que reconstruyen las historias de las diversas formas de ser mujer y

(8) Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, p. 81.

(9) Un breve repaso sobre la evolución del marco teórico puede verse en <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4763/476350095006/html/index.html>.

(7) Tutela que, indudablemente, se enmarca en las medidas de acción positiva que la Constitución establece en favor de los colectivos desaventajados, entre los cuales encontramos a niñas y mujeres (v. art. 75 inc. 23).

de ser varón. Este marco teórico inédito promovió un conjunto de ideas, metodologías y técnicas que permitieron cuestionar y analizar las formas en que los grupos sociales han construido y asignado papeles para las mujeres y para los varones, las actividades que desarrollan, los espacios que habitan, los rasgos que los definen y el poder que detentan. *En conjunto, estas ideas y técnicas proponen una nueva mirada a la realidad, definida como 'enfoque de género', que se instituye como un prisma que permite desentrañar aquellos aspectos que de otra manera permanecerían invisibles...* el enfoque de género da cuenta de la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos, diferenciales a cada uno de los sexos y por ende estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha conformado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales” (10).

Lo problemático de la “clasificación binaria de personas” que deriva del orden social de géneros (y que el enfoque que desarrollo visibiliza) es que —de un lado— provoca la exclusión

(10) PAUTASSI, Laura; “La igualdad en espera: el enfoque de género”, ps. 279-298; Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2012. Disponible en su formato digital en https://www.google.com/url?sa=t&rtct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwibiNmAzf_xAhVsrZUCHVjSAqkQFjADegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uba.ar%2Fpublicaciones%2Fflye%2Frevistas%2F89%2Fpautassi-laura-la-igualdad-en-espera-el-enfoque-de-genero.pdf&usq=AOvVaw1HsdaYXKDSEhDF3UDS-YFw. En el momento en que el cuerpo recibe un significado sexual —en el nacimiento y en función del sexo generalmente asociado a la fisonomía gonadal (aunque éste no sea el único criterio biológico para definir el sexo de las personas)— “se genera la expectativa de que esa niña o ese niño adquiera y se comporte en lo consecutivo de acuerdo con los parámetros de femineidad o masculinidad que rigen en la sociedad en la que nació. Así, tenemos por ejemplo que: (i) las mujeres son débiles y los hombres fuertes; (ii) las mujeres son delicadas y los hombres bruscos; (iii) las mujeres son las más aptas para criar y cuidar a los hijos e hijas, y los hombres son los responsables de proveer a la familia; (iv) a las mujeres les atraen sexualmente los hombres y a los hombres las mujeres; (v) las mujeres son extraordinarias maestras de preescolar y los hombres notables directores de empresa; (vi) a las mujeres les gustan las manualidades y a los hombres los deportes; (vii) el permanecer calladas es una virtud femenina y el alzar la voz es un rasgo de valentía masculino, y así un largo etcétera”. (V. Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, op. cit. p. 12).

de quienes no “adaptan” a ella; y —de otro— “la atribución que se hace de cualidades y habilidades para cada sexo es claramente desigual: mientras lo debido para los hombres es la valentía, la toma de decisiones, el ámbito público, las tareas trascendentes, etcétera, lo debido para las mujeres es la vulnerabilidad, el silencio, las labores de crianza, el ámbito privado (doméstico), las tareas secundarias, entre otras” (11).

Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que “toda expresión de género constituye una categoría protegida por la Convención Americana en su artículo 1.1.” (Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24) (12) y, en nuestro sistema jurídico, obliga al Estado —y especialmente a quienes ejercen la magistratura como custodios de la constitucionalidad— a adoptar todas aquellas medidas de acción positiva destinadas a acordar una protección reforzada a quienes (como las mujeres, las niñas o las disidencias sexuales) se encuentran en situación de vulnerabilidad (v. art. 75 inc. 23 CN).

Como explica el profesor Berizonce, “...la noción de vulnerabilidad, si bien propia del derecho material, cuando se la enfoca en relación con el ejercicio de las prerrogativas en sede judicial, *persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio, la asimetría, entre las posiciones de los litigantes* (...) Es posible identificar diferentes categorías, a las que se trata de mitigar con técnicas diversas. La vulnerabilidad económica, con el derecho a la gratuidad de la justicia; la vulnerabilidad probatoria, con la inversión del *onus* o la regla de la carga dinámica; la vulnerabilidad

(11) V. Protocolo, op. cit. p. 13.

(12) Me parece pertinente alertar a quien lea estas líneas que el enfoque de género no se halla circunscripto a la tutela de mujeres y niñas. A tenor de los desarrollos de este método de análisis, la asignación de roles culturalmente supra ordinados en función de una concepción androcentrista (percibiendo al mundo y lo que sucede en él empleando a un hombre como parámetro o modelo de lo humano) confronta no solo con la idea de igualdad de hombres y mujeres sino —asimismo— contra la igualdad de todas aquellas personas con una identidad de género que no se adecue al binomio hombre-mujer o que no responda a los parámetros culturalmente determinados respecto de lo que hombres y mujeres deben ser.

etaria de menores o ancianos, con mecanismos de aceleración de la duración del proceso, o los tribunales especializados; etc. En todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas..." (13).

Las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad (14) especialmente se ocupan de la vulnerabilidad debido al género, advirtiendo que "la discriminación que la mujer sufre en deter-

(13) BERIZONCE, Roberto O; "Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución Nacional". Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018.

(14) La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, elaboró las Cien Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. La CSJN adhirió a tales Reglas y dispuso que "deberán ser seguidas —en cuanto resulte procedente— como guía en los asuntos a que se refieren" (art. 1). En los fundamentos de la Acordada de adhesión la CSJN sostuvo que estas Reglas "resultan una valiosa herramienta en un aspecto merecedero de particular atención en materia de acceso a la justicia, a cuyo efectivo mejoramiento el Tribunal se ha comprometido a contribuir, entre otras medidas, mediante la creación de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia (véase Acordada 37/2007, del 17 de diciembre de 2007). La regla número 3 establece que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que por razón de su género encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia. También se dan diferentes formas de combinaciones entre las distintas vulnerabilidades lo que potencia las situaciones de desigualdad y discriminación. Así la Regla 17 prevé que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad, como podría ser una niña discapacitada, una mujer pobre o una anciana pobre y discapacitada, etc. La regla 18 define discriminación contra la mujer como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Texto completo del documento en español disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

minados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad" (regla 17).

Y, tal como lo sugiere Berizonce, alertan sobre la necesidad de prestar "especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna" (regla 20) (15).

En este ámbito las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos se refuerzan —se *intersectan*— con aquellas que derivan de las previsiones propias del tema. De ese modo se le impone que incorpore en cada una de sus respuestas, las especificidades necesarias para que la protección sea eficaz (16).

De acuerdo con el Comité CEDAW, existen seis componentes esenciales, relacionados entre sí, para asegurar el acceso a la justicia: "disponibilidad, justiciabilidad, accesibilidad, buena calidad, rendición de cuentas de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas. Entre dichos componentes, la justiciabilidad se refiere a la necesidad de generar las condiciones para que las mujeres y las niñas accedan de manera irrestricta a la justicia, y tengan la capacidad y el poder para reclamar como derechos jurídicos todos aquellos que se encuentran previstos en el marco especial de protección" (17).

(15) Ob. cit.

(16) Corte IDH, Caso "Velásquez Rodríguez", sentencia del 26 de junio de 1987, parág. 167. En idéntica línea, la Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, del 19 de septiembre de 2014, ha precisado que el acceso a la justicia constituye la primera línea de defensa de los derechos humanos de las víctimas de violencia de género, y por tanto, se requiere que el acceso a los servicios de justicia resulte sencillo y eficaz y que cuente con las debidas garantías que protejan a las mujeres cuando denuncian hechos de violencia y con medios judiciales y de cualquier otra índole que garanticen la debida reparación a las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia (MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014, p. 5).

(17) Comité CEDAW, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015, párr. 14.

Por ello, la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia —en cualquiera de sus formas (18)— requiere de un abordaje con enfoque de género que permita visibilizar la asimetría estructural como condición ineludible para su adecuada tramitación y decisión. De allí que se haya advertido que “la legislación no será plenamente efectiva si no se sensibiliza a los funcionarios públicos y no se crean procedimientos adecuados a las necesidades de las mujeres víctimas de violencia” (19).

En otras palabras, la perspectiva de género resulta una herramienta imprescindible para evitar que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho se interpongan prejuicios,

(18) Luego de conceptualizar la violencia contra la mujer como “...toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón...” (art. 4) la ley de protección integral, 26.485 —promulgada el 1/04/2009— puntualiza que quedan especialmente comprendidas las siguientes tipos de violencia (v. art. 5): violencia física (la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física), psicológica (la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones,) sexual (cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva), económica (la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer) y simbólica (la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmite y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad).

(19) Naciones Unidas. “Examen de la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General y su contribución a formular una perspectiva de género para la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (E/2010/4*—E/CN.6/2010/2). New York: Consejo Económico y Social (CES), 2010, párrafo 126.

culturalmente construidos, respecto a cómo son o cómo deben comportarse las personas por corresponder a un género determinado o por su orientación sexual (20). No solo evita respuestas sesgadas (y como tales, casi siempre estandarizadas e ineficaces) sino que se erige en un presupuesto esencial para evitar que el sistema se convierta en una herramienta de *victimización secundaria* (21).

El enfoque de género incide indudablemente en todos los ámbitos en que nos desarrollamos:

(20) Se ha advertido con relación al punto que “se debe aumentar la conciencia de género no sólo en quienes ejercen la magistratura de manera individual, sino fundamentalmente en las organizaciones judiciales, transformándolas en organizaciones que proyecten hacia todos los sectores sociales una idea clara de cuál es el rol que varones y mujeres deben cumplir en una sociedad más justa e igualitaria”. GASTRON, Andrea; “Género y argumentos de género en el Poder Judicial: Lo que muestran las sentencias judiciales en Argentina”. Disponible digitalmente: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiece9qP_xAhWyr5UCHVvCWIQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fdspace.uces.edu.ar%3A8180%2Fxmlui%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F737%2FG%25C3%25A9nero_y_argumentos_Gastron.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AOvVaw25haBLrmXuDvPTf37cbjQ4.

(21) La Corte IDH ha advertido que capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino que debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos (Corte IDH, Espinoza González Vs. Perú, sent. del 20 de noviembre de 2014). Al definir las modalidades de la violencia contra las mujeres, el art. 6.b) de la Ley 26485 advierte que la violencia institucional es aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tenga acceso a políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en la ley; mientras que el decreto 1011/2010 (art. 3 - Inciso k) precisa que por revictimización, ha de entenderse el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro.

la concepción sobre lo público y lo privado, y lo que se espera socialmente de varones y mujeres (como creencias profundamente arraigadas en la sociedad) afecta la percepción de los hechos, la realización de las tareas cotidianas de cada uno y la valoración de las conductas de las personas nos rodean (22). Usualmente opera silenciosamente, como producto del aprendizaje, como manifestación del conjunto de creencias, posicionamientos y valores que nos han transmitido y que nos erigen en quienes hoy somos.

Quienes ejercen la magistratura no son la excepción: como parte de la sociedad, esas personas se hallan condicionadas por valores, principios, y estereotipos culturalmente adquiridos. Lo problemático de ello es su impacto en la función judicial que desempeñan: en el análisis de los hechos que hacen a través de esos cristales, en la valoración de las pruebas y —naturalmente— en la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto en las controversias que se someten a su decisión.

A este último problema dedicaré las líneas que siguen.

III. Estándares convencionales para la construcción de decisiones con enfoque de género

La práctica sostenida de roles asignados culturalmente conforme al orden social de géneros permite explicar por qué la subordinación de las mujeres (y disidencias de género) sigue siendo un problema en las sociedades pese a que sus ordenamientos jurídicos —a semejanza del nuestro— declaran constitucionalmente la igualdad ante la ley.

Y ese mismo fenómeno contribuye a poner de manifiesto la ineficacia del sistema de igualdad

(22) Así se ha advertido: suele considerarse que la violencia familiar al producirse en un ámbito privado es un problema que afecta a un sector específico, del que no se sienten parte, mientras que la violencia callejera es un problema de toda la sociedad. Todavía hay quienes piensan que la violencia familiar cometida contra la mujer sólo afecta a la mujer que la padece y que es una cuestión que hace la intimidad de la pareja en la cual no hay que inmiscuirse. (LEIRO, María Pía; "Estudios sobre violencia de género. Introducción a la perspectiva de género y violencia contra las mujeres", módulo 2 del curso virtual de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires).

formal. En efecto, en un trabajo anterior advertía que "si lograr estructuras y procedimientos de gestión puede resultar complicado, lo relativo a los estándares de decisión nos enfrenta a una problemática más compleja que pone de relieve que las personas que ejercen la magistratura forman parte de la misma sociedad y se encuentran muchas veces condicionadas por lecturas androcéntricas sesgadas y estereotipadas que tiñen el análisis que hacen sobre los hechos y sobre la valoración de la prueba para decidir el caso concreto" (23).

No obstante esa dificultad, "la justicia tiene el deber de modificar las prácticas sexistas vigentes, lo que requiere transformar los códigos culturales y los estereotipos de género existentes, dando lugar a una revolución cultural donde la equidad, es decir el trato equitativo con reconocimiento de las diferencias, se perfila como la alternativa viable dentro de la complejidad de las relaciones humanas" (24).

Por obvio que resulte, debe recordarse que —a este respecto— son sumamente relevantes las tareas de formación y sensibilización en la materia, tareas que constituyen obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino y que han sido recogidas en la ley nacional 27.499 [que impone la capacitación obligatoria en materia de género de todas las personas que trabajan en la función pública en cualquiera de los tres poderes del Estado Nacional (25)]

(23) PICCINELLI, ob. cit.

(24) LAMAS, Marta, "La violencia del Sexismo", en *El mundo de la violencia*. Adolfo Sánchez Vázquez, editor. México: Facultad de Filosofía y Letras. UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 191-198.

(25) La ley, conocida como "Ley Micaela", hace referencia al femicidio de Micaela García, una joven de 21 años que fue secuestrada, abusada y asesinada en Gualaguaychú, provincia de Entre Ríos, el 1 abril de 2017. Como parte de una política pública tendiente a su difusión el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación proporciona información accesible al respecto. Puede verse: <http://www.derechofacil.gob.ar/leysimple/ley-micaela-capacitacion-en-genero-y-violencia-contras-mujeres/>. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires la ley 15.134, estableció también capacitación obligatoria de quienes se desempeñen en la gestión pública, sin importar jerarquía ni forma de contratación, alcanzando a los tres poderes del Estado y a sus organismos descentralizados.

en una decisión de política pública que contribuye a visibilizar que la capacitación en perspectiva de género no puede interpretarse como una “elección o preferencia personal”, sino —e ineludiblemente— como un deber cuyo incumplimiento responsabiliza al Estado frente a la comunidad nacional (26) e internacional (27).

Poder advertir cómo impacta el “orden de género” —y la subordinación que supone— en la sociedad, comprendiendo que la diferencia se replica como inequidad o desigualdad, es un presupuesto fundamental para juzgar con perspectiva de género. De allí que resulte imprescindible que quienes realizan la tarea de decidir no solo conozcan el sistema de jerarquías que lleva inherente el sistema de géneros sino comprender de qué manera impacta en las personas: individualmente, en las instituciones sociales, y en la sociedad en su conjunto.

Tanto la CEDAW como la Convención de Belém do Pará reconocen *el derecho a la igualdad y a la no discriminación* (28), estándares con-

(26) La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, asumiendo esta perspectiva de análisis responsabilizó a al Estado local por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar la muerte de los hijos de una mujer que vivía en un difícil entorno de violencia generada por su esposo, pese a los desesperados y reiterados requerimientos de la víctima. El tribunal sentenció que en el caso no se garantizó la seguridad ni se otorgó asistencia integral al grupo familiar que padecía violencia, quienes requerían protección urgente y la adopción de medidas preventivas (conf. arts. 75 inc. 22, CN; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1.074 y 1.112, Cód. Civ. —por entonces vigente y aplicable al caso—). Ver <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163966>. Causa A-72474, sentencia del 28/11/2018.

(27) El Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, destaca que la investigación de casos de violaciones de los derechos humanos, que incluye los casos de violencia contra las mujeres, debe llevarse a cabo por autoridades competentes e imparciales. Cuando tales investigaciones no son llevadas a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género o estas autoridades no colaboran entre sí, se registran retrasos y vacíos clave en las investigaciones, que afectan negativamente el futuro procesal del caso. CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas 2007, Capítulo I, B, párrafo 46.

(28) Arts. 1º, CEDAW; 4º y 5º, Convención de Belém do Pará.

convencionales que convergen para delinear el enfoque de género. La tutela de esos derechos es medular en la construcción de una decisión respetuosa de la perspectiva de género: “el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación ha sido consagrado como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional” (29).

Si bien el concepto de perspectiva de género, como tal, no se encuentra expreso en esas Convenciones, en diversas recomendaciones generales emitidas por el Comité CEDAW es posible advertir medidas específicas, vinculadas con las obligaciones derivadas del tratado, cuyo entendimiento conjunto aborda cuestiones que en la actualidad se consideran inmersas en esa construcción (30).

Algunas de ellas son: i) la adopción de medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres (31): v.gr. capacitar a los funcionarios y funcionarias judiciales para aplicar la Convención con el fin de respetar la integridad y dignidad de las mujeres, y protegerlas contra cualquier tipo de violencia; o tomar las medidas jurídicas necesarias para protegerlas eficazmente frente a cualquier situación de esa naturaleza; ii) la eliminación de las prácticas que alimentan los prejuicios y roles de género que perpetúan la noción de inferioridad de las mujeres, para lo cual las personas juzgadas deben aplicar el principio de igualdad sustantiva e interpretar las normas de acuerdo con aquel (32); o iii) la organización de actividades de formación obligatorias, periódicas y efectivas, dirigidas a operadoras y operadores jurídicos (33).

(29) CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, párrafo 3.

(30) V. Protocolo, op. cit., p. 96

(31) Recomendación General 19, Comité CEDAW, 29 de enero de 1992, párr. 4.

(32) Recomendación General 28, Comité CEDAW, 16 de diciembre de 2010, párr. 9.

(33) Recomendación General 35, Comité CEDAW, 26 de julio de 2017, párr. 15.

A partir de ellas, se pretende especialmente erradicar el estado de dominación de mujeres, niñas (y disidencias), garantizar sus derechos en las mismas condiciones que los hombres; condenando la discriminación a su respecto para poder asegurarles una vida libre de violencia, erradicando los estereotipos y prácticas que limitan sus expectativas y proyectos de vida.

En relación con esto último se ha advertido que “las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados [...] Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (34).

Por ello no es suficiente que los Estados declaren la igualdad formal, y en abstracto. La efectiva tutela de los derechos que las Convenciones garantizan requiere de la implementación de medidas positivas que realicen la igualdad en concreto.

Por su parte —en el ámbito del sistema de protección regional— la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “el sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acce-

so a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho” (35).

La construcción de decisiones con enfoque de género desde los estándares de igualdad efectiva y no discriminación importará, en gran medida, desarrollar habilidades enderezadas a detectar prejuicios subyacentes en normas o prácticas aparentemente neutrales visibilizando el sesgo de esas construcciones y el perjuicio que ellas producen (36) no solo en las personas a que se refieren, sino en la sociedad en su conjunto.

Resta, ahora, avanzar en cómo hacerlo.

IV. Herramientas para la construcción de sentencias con perspectiva de género

Si estamos de acuerdo en que la construcción de decisiones judiciales con enfoque de género es un imperativo constitucional que hace a la validez de las sentencias, y en que dicho abordaje constituye una acción positiva constitucionalmente exigible que —asimismo— forma parte de la debida diligencia que compromete la res-

(35) CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, párrafo 99.

(36) Se alerta en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género que “La presencia de este tipo de figuras en la construcción judicial, suele encontrarse tanto en la justificación externa de la premisa normativa como en la justificación externa de la premisa fáctica. En el primer supuesto están los casos en que la disposición normativa es interpretada sobre la base de un estereotipo; esto es, cuando entre dos o más interpretaciones posibles se elige aquella que resulta consistente o coherente con el estereotipo. Por lo general, esto sucede cuando la persona encargada de resolver la controversia comparte el estereotipo de que se trata, ya sea de manera consciente o inconsciente... Por ejemplo, si entre el método gramatical y el sistemático, el primero es el que permite interpretar la norma en consonancia con el estereotipo, entonces éste es el que se utiliza para dar sentido a la porción normativa... En cuanto a la justificación externa de la premisa fáctica, los estereotipos pueden desempeñar un papel de relevancia en el ámbito probatorio, por ejemplo, para que la persona juzgadora sostenga, en ausencia de otra información, que es probable que un hecho se haya verificado (ARENA, 2016, p. 63) o que, por el contrario, no se encuentre acreditado. Por ejemplo, a partir del estereotipo de género que persiste en torno a que las mujeres víctimas de violación oponen resistencia al acto violento, puede ser que la persona juzgadora concluya que el acto haya sido consentido cuando no conste evidencia de que la víctima se defendió (v. pp. 63-64).

(34) CEDAW, La violencia contra la mujer, Recomendación General 19, 11 período de sesiones, 1992, párrs. 11 y 12.

ponsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional, el punto más relevante del asunto radicará —como casi siempre— en cómo hacerlo. De allí el propósito inicial, que aquí retomo.

¿Cómo se construye (en concreto) una decisión con perspectiva de género? ¿De qué manera, con qué herramientas se aplican al caso los estándares convencionales a los que he aludido precedentemente?

Como adelanté, algunas experiencias comparadas resultan sumamente valiosas en tanto guías con ese cometido. En efecto, documentos como el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de México —ya varias veces citado— (37), el

(37) En 2013, la Suprema Corte de Justicia mexicana publicó la primera edición del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (que ya he citado en este trabajo). Ese documento —elaborado para atender las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos González y otras (Campo Algodonero), Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, todos contra México, ante la gravedad y la sistematicidad de la violencia contra las mujeres en ese país— tuvo el propósito de materializar un método analítico que incorporó la categoría del género al análisis de la cuestión litigiosa. Así, constituyó un primer ejercicio de reflexión sobre cómo juzgar aquellos casos en los que el género tiene un papel trascendente en la controversia, para originar un impacto diferenciado en las personas que participan en ella, particularmente mujeres y niñas. En 2020, convencida de la gran contribución que representó la iniciativa, la Corte Suprema mexicana decidió actualizar los contenidos de la primera versión del protocolo con el propósito de "acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales, actitudes y comportamientos individuales, sociales e institucionales que discriminan a las personas por su género y permiten perpetuar el orden social de género persistente, el cual replica de distintas maneras la desigualdad y discriminación que padecen en mayor grado las mujeres, niñas y personas de la diversidad sexual". En la presentación del documento se enfatiza que "esta nueva versión del Protocolo recoge los avances que se han dado en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la evolución que han tenido los estándares internacionales de derechos humanos en materia de género, para armonizar ambos contenidos. Mediante este documento se busca proveer a las personas encargadas de impartir justicia de una herramienta práctica que facilite la comprensión sobre las implicaciones de la obligación de juzgar con perspectiva de género y, sobre todo, que les auxilie en la aplicación de dicho método de análisis para la resolución de controversias". El documento completo puede con-

Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana (38), o la guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) del Mesecvi (39), entre otros, aportan parámetros de gran utilidad que servirán de insumo —junto a los lineamientos que en el plano regional ha dado la Corte IDH— en lo que sigue de este trabajo.

Intentaré recuperar aquí la metodología de abordaje que allí se ha propuesto haciendo pie en casos concretos que permitan ejemplificar, y dimensionar, la tarea que debe hacerse y el recorrido que es menester concretar para la construcción de una sentencia con enfoque de género.

IV.1. Identificación de la necesidad de tutela diferenciada

Identificar cuándo un caso requiere ser abordado con enfoque de género ha de ser el primer punto para considerar. Y ello, no siempre es una tarea sencilla. Los diferentes discursos sobre este problema evidencian un abanico de posibilidades que ofrece en un extremo aquellas posiciones que circunscriben la necesidad

sultarse en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiCtti-5oDyAhUaqJUCHbLgCOUQFjAMegQINRAD&url=https%3A%2F%2Fwww.scjn.gob.mx%2Fderechos-humanos%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fprotocolos%2Farchivos%2F2020-11%2FProtocolo%2520para%2520juzgar%2520con%2520perspectiva%2520de%2520g%25C3%25A9nero%2520%2528191120%2529.pdf&usq=AOvVaw3EXvjJSAQKt5zYMMsEk9bL>.

(38) El documento de la Comisión Permanente ha querido simplificar el Protocolo mexicano avanzando en cuáles son los pasos para seguir para conseguir sentencias regionales que incorporen la perspectiva de género y los derechos humanos.

(39) El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (Mecsevi) es un sistema de evaluación entre pares consensuado e independiente para examinar los avances realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de los objetivos de la Convención. El Mecanismo está financiado por contribuciones voluntarias de los Estados Parte de la Convención y otros donantes, y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la OEA actúa como su Secretaría Técnica.

de tutela a cierto tipo de casos —generalmente emparentados con situaciones de grave violencia física— o a ciertos fueros —generalmente penal o de familia— y en el otro extremo aquellas que pretenden que adquiera virtualidad en cualquier situación en que se halle involucrada una mujer, sin más consideración.

Lo cierto es que ninguna de estas posiciones resulta a priori acertada. Ni la necesidad de tutela se limita a cierto tipo de asuntos (40), ni —en el otro extremo— la sola participación de una mujer en el litigio torna necesaria la implementación de esta especial forma de tutela (41).

¿Cuándo es necesario abordar un caso con enfoque de género?

Una primera aproximación a esa respuesta debe partir de la exploración *del tipo de relación que existe entre las partes del conflicto*. De acuerdo con la experiencia comparada, y según la metodología propuesta en los documentos que sirven de guía a este desarrollo, existen diversas situaciones que disparan la necesidad de juzgar con enfoque de género:

a) aquellas en las que *se identifica o alega una relación de poder o asimetría basada en el género*,

b) aquellas en las que *se detecta o denuncia un contexto de violencia (en cualquiera de sus for-*

(40) Basta advertir al efecto, que las relaciones de poder y la subordinación de género no solo se expresan en episodios de violencia física, ni se limitan a ciertos ámbitos determinados (como la relación familiar, o de pareja). Antes bien, la subordinación que el ejercicio del poder supone comprende diversas manifestaciones (muchas veces sutiles e imperceptibles desde un enfoque tradicional, de allí lo peligroso de la falta de formación) y se extiende a todos los ámbitos en los que las personas se desenvuelven, con prescindencia de su carácter público o privado (v. Ley de protección integral —arts. 4 y 5 especialmente— y Convención de Belem do Pará).

(41) En esa dirección se ha puesto de manifiesto que "no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Es menester que la condición de especial vulnerabilidad por el hecho de ser mujer haya sido el presupuesto de esa transgresión" (v. CIDH, caso "Perozo y ot. vs. Venezuela", sent. del 28/01/2009, numeral 291/296).

mas), discriminación o vulnerabilidad derivada de esa categoría, y

c) por último, aquellos en los que, a pesar de no acreditarse una situación de poder o un contexto de violencia, *se advierte la posibilidad de que exista un trato o impacto diferenciados basados en el género*, lo cual muchas veces se expresa mediante estereotipos o roles de género implícitos en las normas y prácticas institucionales y sociales (42).

En relación a los primeros dos supuestos, advierte el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género que "...históricamente los grupos de mujeres y niñas, así como de minorías sexuales han sido subordinados por la masculinidad hegemónica y han tenido que enfrentar mayores obstáculos que el grupo dominante para desarrollarse y ejercer sus derechos humanos; sin embargo, a pesar del contexto de desigualdad estructural que persiste, en un caso de estudio puede o no presentarse desigualdad entre las partes y/o situaciones violentas..." (43). De allí la necesidad de esta exploración preliminar (44).

Ahora bien, para poder corroborar si existe en la controversia alguno de esos los escenarios apuntados, "primero es necesario entender

(42) V. Protocolo p. 128.

(43) Ver punto III.1.A "Obligación de identificar si existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, evidencien un desequilibrio entre las partes de la controversia".

(44) Un análisis de este tenor fue realizado en el marco de un proceso de daños originado en un accidente de tránsito al señalarse, frente al requerimiento de aplicación de esta especial herramienta de tutela que "en la especie, no se advierte que el género de la actora tenga un papel trascendente en la controversia. Vale recordar que lo que aquí se juzga es el resarcimiento de los daños derivados de un accidente de tránsito en cuyo marco no se constata la presencia de una situación de poder o contextos de desigualdad estructural y/o de violencia que, por cuestiones de género evidencien un desequilibrio entre las partes en litigio. Como recuerda la profesora Kemelmajer, la Corte Interamericana ha precisado que el solo hecho de que una o varias mujeres hayan sido víctimas no significa que tales conductas, en sí mismas, sean discriminatorias en perjuicio de las mujeres..." CCLP, sala II: causa 273.911 "Civello, Bianca c. Vela Wac Atilio y Otr. s/Daños y Perjuicios", sent. del 8/06/21.

cómo se manifiestan y, después, comprender cómo identificarlos..." (45). Los instrumentos comparados a los que he hecho alusión destacan en este ámbito la relevancia de la formulación de algunos interrogantes tendientes a detectar alguna de las situaciones generadoras de vinculaciones asimétricas.

En esa dirección hay que preguntarse:

- *si en el caso están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de "categorías sospechosas" (46),*

- *o si alguna de ellas presenta características que la exponen a una situación agravada de discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad (47) es un resorte de gran utilidad.*

Todo ello, con prescindencia de que las partes pudieran haberlo invocado (48), y aún, cuando

(45) V. Protocolo, op. cit. ibídem.

(46) En el desarrollo del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género se alude con esa expresión a categorías que: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen por sí mismos criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Las personas cuyas condiciones de identidad pertenecen a las denominadas "categorías sospechosas" se encuentran generalmente en condiciones de desigualdad o son más propensas a enfrentar contextos de violencia. Por consiguiente, es indispensable que las personas juzgadas identifiquen si alguna de las partes se encuentra en ese supuesto, ya que, por un lado, ello implica que se deba otorgar una protección reforzada a su respecto; y, por otro, es una primera señal de que en el caso será necesario corroborar si existen o no relaciones de poder, contextos de desigualdad y/o situaciones de violencia (v. p. 141).

(47) El documento mejicano apunta que "existen múltiples casos en los que las personas comparten distintos rasgos de identidad que las hacen más proclives a la discriminación. Lo importante en estos casos es prestar particular atención cuando confluyan dos o más categorías sospechosas, sumadas a ciertos contextos como, por ejemplo, pobreza, situación de calle o migración. En tales supuestos, es menester que las personas juzgadas logren identificar el vínculo que existe entre dichos factores y la categoría del género" (v. p. 142).

(48) En la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 4398/2013, 2 de abril de 2014, del máximo tri-

resulte menester echar mano a la facultad de ordenar prueba de oficio —usualmente reconocida en lo ordenamientos procesales— con el objetivo de determinar la existencia del presupuesto de torna necesaria la tutela (49). En ese entendimiento se ha advertido que "en este tipo de procesos impregnados por principios de orden público el juez no puede actuar como mero espectador, sino que debe ordenar las medidas de prueba necesarias a fin de comprobar si

bunal mexicano se apuntó al respecto que "el deber de identificar y, en su caso, eliminar la inequidad en que se encuentran las partes supone una acción positiva dentro del proceso, lo que debe lograrse aún mediante del actuar oficioso. Esto no significa que se supla la acción o se invierta la carga de la prueba, y sea la parte demandada la que tenga que acreditar, por ejemplo, que no tiene la calidad de agresora, sino simplemente se impone que, para clarificar la situación de violencia alegada, el juzgador [o juzgadora] deb[e] allegarse de manera oficiosa de mayores elementos probatorios, cuando los aportados por las partes result[a]n insuficientes" (v. protocolo, op. cit.).

(49) Explicando la relevancia de este tipo de medidas, la Prof. Aída Kemelmajer ha señalado que es deber de quienes ejercen la magistratura ordenar la producción oficiosa de prueba cuando de las circunstancias de la causa no surjan con claridad los elementos que permitan concluir con certeza la existencia de una situación de desigualdad originada en una relación de poder por razón de género, desigualdad estructural o contexto de violencia. En su disertación en el marco de la conmemoración del día de la mujer, refirió la actividad que —como jueza de la Suprema Corte de Mendoza— desarrolló en el marco de una acción de filiación donde el demandado ostentaba un rol de preeminencia debido al tipo de relación preexistente con la madre de la niña cuyo reconocimiento se pretendía. En ese contexto, sospechada la vulnerabilidad de la madre y la superioridad del demandado en orden a la situación de poder político y socioeconómico a su respecto, ordenó la producción de un informe en Paraguay a costa del demandado, con el objeto de aclarar por qué razón la niña cuya paternidad se le atribuía aparecía según un documento acompañado por su parte nacida en ese país y reconocida por otra persona de esa nacionalidad, pese a que el registro local había informado el nacimiento en nuestro país. Como explicó la profesora Kemelmajer destacando el contexto probatorio que evidenció la falsificación sistemática de documentos en la oficina pública del país vecino "si se confirmaba la sentencia que desestimaba la acción por mediar un reconocimiento en otro país, y por tanto ordenaba desplazar la filiación Paraguaya en esa sede para poder tramitar el juicio se la dejaba sin acceso a la justicia" (Canal SCBA, sentencias con perspectiva de género, video disponible en el sitio web <https://www.youtube.com/watch?v=90JJ4bDD2OE&t=1765s> especialmente a partir del minuto 37).

se encuentra ante un caso concreto de violencia” (50).

De acuerdo al Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género: “Entre las obligaciones de la judicatura se encuentran el deber de advertir y analizar: (i) si existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que deriven en un desequilibrio entre las partes; y (ii) si el material probatorio es suficiente o, por el contrario, es necesario recabar más pruebas con el fin de dilucidar si se está ante un contexto como los descritos en el inciso previo... Resolver un asunto con perspectiva de género conlleva atender y estudiar varios elementos en conjunto, como los dos mencionados, y que la ausencia de uno de ellos no implica automáticamente haber agotado esa obligación; por tanto, dicha herramienta debe poder adecuarse a la materia y tipo de asunto que se resuelve” (51).

Un ejemplo de la primera situación —donde no se avanzó en torno a la existencia de una categoría sospechosa— lo podemos encontrar en el caso “Sisnero” (52), fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esa ocasión, la actora había denunciado ante la justicia sal-

teña la violación de su derecho a la igualdad y a la no discriminación ante la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo como chofer en la planta de empleados de las empresas de colectivos de la provincia de Salta, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicha labor. La Corte, revocó la decisión del Máximo Tribunal provincial en el entendimiento de que, al juzgar el caso, pese a reconocer la existencia “de los que dio en llamar ‘síntomas discriminatorios en la sociedad’, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos”, se apartó de los estándares de valoración probatoria que ella ha sentado en materia de discriminación. Alertó —con cita de la doctrina de Fallos: 334:1387 - “Pellicori”— que “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”.

Un ejemplo vinculado al segundo interrogante (esto es, al contexto de interseccionalidad, y como ello incide en la situación enjuiciada) puede verse en el caso “N-1VI-60-C2019 s/ medida cautelar”, fallado por la Cámara Civil, Comercial y de Minería de Viedma. En esa oportunidad, para revocar la decisión de primera instancia que decretó la caducidad de la medida cautelar por haberse omitido iniciar la acción de daños y perjuicios de fondo en el plazo del art. 207, Cód. Proc. Civ. y Com., se advirtió que “a partir del informe socioambiental, en el que se describe la situación de *pobreza extrema* en la que se encuentra la actora y sus dos hijas, la *situación de violencia sexual* a la que se ha visto sometida desde corta edad en el más estrecho núcleo familiar, situación de victimización que se mantiene hasta la actualidad, cuando sus vínculos más cercanos optaran por justificar y cobijar a su hermano victimario —condenado por el hecho— debe tenerse por cierto y suficientemente acreditada la imposibilidad de la accionante para realizar los trámites necesarios para interponer la demanda de fondo y rechazar la caduci-

(50) CCCom. de Mar del Plata, sala II, C. 118.722, res. del 27/11/2000.

(51) V. p. 139.

(52) CSJN: Fallos: 337:611; S. 932.XLVI. Recurso de Hecho - Sisnero, Mirtha Graciela y otros v. el Taldelva SRL y otros s/ amparo, sentencia del 20/05/2014. Puede accederse a la resolución en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113781&cache=1627592273022> El caso es sumamente relevante para poner de manifiesto la resistencia que generan este tipo de medidas en las estructuras de una sociedad patriarcal: en efecto, a pesar de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Mirtha nunca condujo un colectivo. La empresa demandada le asignó una tarea administrativa: la de inspectora. En una reciente nota periodística puede leerse: “El proceso no terminó para mí, en lo personal, porque todavía no me pusieron a conducir un colectivo. Me pusieron en otras tareas dentro de la empresa, que es trabajo, pero no se cumplió mi petición porque la Justicia de Salta no respetó nunca el fallo... la justicia salteña no respetó el fallo que decía claramente que en la primera vacante tenía que ingresar yo... sí que “sigo castigada”, pero “el camino ya está hecho”. La nota completa acá: <https://www.telam.com.ar/notas/202009/517941-mujer-chofer-salta-colectivera.html>.

dad de la medida cautelar de inhibición general de bienes solicitada. Frente al deber de juzgar, aun una cuestión procesal como puede resultar ser la caducidad de una medida cautelar, en el marco de una situación de violencia de género, los funcionarios/as judiciales debemos hacerlo atendiendo prioritariamente a la problemática de fondo subyacente, que en el presente caso es de extrema gravedad, y procurando que el valor justicia no se convierta en una quimera inalcanzable para las víctimas” (53).

El tercer supuesto (esto es, cuando no obstante no mediar asimetría subsiste la posibilidad de que el género se traduzca en un impacto diferenciado) exige un esfuerzo adicional. Es que detectar la necesidad de aplicar el enfoque de género en estos casos requiere asumir, muchas veces “desaprendiendo lo aprendido”, que aun sin que existan contextos de violencia o relaciones explícitas de poder, el género —el orden

social que de él deriva— puede funcionar (y, de hecho, sí que lo hace) como un factor que ocasiona afectaciones a la esfera jurídica de las personas.

Las normas jurídicas, las prácticas institucionales y los comportamientos sociales, son el producto de los valores, convicciones, e idiosincrasias de la comunidad en que las que se insertan. Responden, por tanto, en gran medida a ese orden social de género derivado de la concepción hegemónica que modela la sociedad tomando como parámetro al hombre blanco heterosexual.

De allí que, aun cuando el caso no involucre una relación de poder, o una asimetría por razón de género o un contexto violento, puede requerir no obstante ser procesado a través de la mirada que el género propone, por cuanto esa norma, esa práctica institucional o ese comportamiento social provoca, en el caso concreto, un trato diferenciado (discriminatorio, prejuicioso, etc.) dañino a quien afecta.

(53) Disponible on line: [TR LALEY AR/JUR/68839/2021](https://www.trialej.ar/jur/68839/2021). Un enfoque interseccional puede verse en el caso González Lluy y otros vs. Ecuador, sentencia del 1/09/2015. En esa decisión, la Corte Regional explicó de qué forma la convergencia de diferentes situaciones de desventaja a su respecto agravó la vulnerabilidad de la persona damnificada. Preciso que “en el caso de Talía confluyeron de forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó en la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta de forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en grupos que de por sí son marginados”.

Un ejemplo de este tipo de situaciones es el caso que se planteó a través de la vía del amparo caratulado “N., V. A.,” por ante el Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata —en el año 2014— en el que un matrimonio de mujeres solicitaron la cobertura médica para llevar a cabo una fertilización in vitro de alta complejidad con donación ovocitaria y espermatozoides, frente a la negativa de la obra social fundada en que la obra social no contemplaba técnicas de fertilización asistida con la utilización de óvulos y semen heterólogos en sus convenios y resoluciones vigentes, dado que en la Ley provincial 14.208 y su reglamentación reconocía la cobertura médico asistencial solo respecto de las prácticas médicas de fertilización homóloga, es decir, con la utilización de gametos propios de cada integrante de la pareja. Luego de realizar un recorrido detallado por toda la normativa internacional de derechos humanos aplicable al caso en cuestión, el tribunal hizo lugar a lo solicitado por las peticionantes, ordenando a IOMA que arbitre los medios y tome los recaudos necesarios para satisfacer los gastos y costos que insumiera la fecundación in vitro requerida, por constituir su negativa un acto de discriminación debido a la orientación sexual de las peticionantes.

Volviendo al esquema de análisis, si quien se encuentra estudiando el caso sospecha o verifica la existencia de alguna de las situaciones aludidas se *dispara una tarea adicional: el análisis del contexto*, de cara a determinar la concreta incidencia que esa situación ha tenido en la conformación del litigio.

Es que, como explica el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, “el contexto nos lleva a entender las posibles causas o motivos detrás de los hechos; la configuración de las estructuras de poder y redes alrededor del caso... enfocado a la obligación de juzgar con perspectiva de género hace posible identificar si las condiciones o características de las partes influyeron en el litigio y en qué medida lo hicieron. Asimismo, ayuda a determinar si el caso a resolver presenta un problema aislado o, por el contrario, forma parte de una problemática generalizada y de carácter estructural. (EQUIS Justicia para las Mujeres, 2017, p. 21)... el contexto objetivo, está relacionado con el entorno sistemático de opresión que [...] padecen. El contexto subjetivo, por su parte, se expresa mediante el ámbito particular de una relación o en una situación concreta que coloca a la persona en posición de vulnerabilidad y con la posibilidad de ser agredida y victimizada” (54).

En ese entendimiento, la guía mexicana sienta pautas concretas que permiten analizar el elemento contextual. La guía propone un primer análisis del contexto objetivo para determinar si se trata de una situación aislada o sistemática en el espacio y tiempo determinados (para lo cual puede resultar útil un análisis del lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso, e incluso cierta información estadística) (55); o identificar si la controversia

(54) V. p. 145.

(55) Un ejemplo que allí se cita es el del caso "González y otras vs. México", donde la evaluación del contexto objetivo resultó dirimente en orden a determinar la responsabilidad del Estado de México por el feminicidio de tres mujeres en Ciudad Juárez, destacándose el contexto imperante de discriminación sistemática en ese lugar. En el fallo "Sisnero", citado precedentemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió especialmente "que el propio sentenciante ha reconocido la existencia de los que dio en llamar 'síntomas discriminatorios en la sociedad', que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos"

tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales, de cara a efectuar un abordaje interseccional.

El estudio del contexto subjetivo —relativo a la concreta situación que enfrentan las partes— supone indagar sobre las condiciones de identidad de las personas involucradas en el caso (como género, sexo, expresión de género, orientación sexual, origen étnico, religión, nacionalidad, edad, etc.) como asimismo sobre otros factores personales que pueden resultar relevantes (como la situación educativa o laboral, la condición migratoria, el estado de salud, el nivel socioeconómico, entre otras) (56).

Será de utilidad aquí también, preguntarse si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían (afectiva, familiar, amistosa, laboral, docente, etcétera) o si existe o existió entre ellas una relación de supra/subordinación o dependencia (emocional, económica o de cualquier otro carácter) (57).

señalando que "un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y 'entre risas' que 'esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...] Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos [...] (cf. entrevista agregada a fs. 564)" (cons. 6°).

(56) Llevando adelante este tipo de análisis, la Suprema Corte bonaerense explicó "la decisión que deniega la exclusión del hogar solicitada por la víctima de violencia de género y familiar, ordenando solamente la prohibición de contacto personal del imputado, fundada en la existencia de dos viviendas separadas en un mismo terreno, implica una inadecuada evaluación de la situación de violencia y discriminación que la hace ineficaz como tal para responder a la situación de vulnerabilidad y riesgo continuo, cuando se denunciaron nuevos hechos similares, máxime cuando no fue acompañada por una custodia permanente y los informes periciales ilustran sobre la proximidad de las viviendas y la imposibilidad de la víctima de tomar decisiones autónomas que le permitan lograr, por sus medios, otra alternativa de vida" (v. SCJBA, causa C. 118472, sent. del 4/11/2015, Rubinzal Online, RC J 7098/15).

(57) En el ámbito del sistema Universal es interesante traer a colación el caso al que se refiere la Comunicación 32/2011, de la que conoció el Comité CEDAW. La situación de hecho involucró la violencia física, psicológica, económica y sexual que padecieron la señora Isatou Ja-

Analizar el contexto subjetivo debe importar también: valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder —y si esto impacta en el caso concreto (58)— como asimismo si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas (59).

¿Por qué es importante efectuar ese examen contextual? Porque además de vincularse estrechamente con los deberes constitucionales de prevenir, investigar y reparar violaciones a derechos humanos, cuando se identifica a partir de su evaluación la existencia de una relación de poder o desigualdad entre las partes, o la presencia de un contexto de violencia, vulnerabilidad o discriminación basado en el género,

llow y su hija por parte de quien fuera su esposo y padre respectivamente. Analizando el contexto subjetivo el Comité CEDAW puso de manifiesto que la responsabilidad del Estado búlgaro radicaba en haber soslayado que la señora Jallow era una mujer migrante analfabeta, que durante mucho tiempo dependió económicamente de su esposo, lo cual le condicionó a permanecer en una relación violenta durante años y, a la postre, consentir el divorcio en condiciones desfavorables para ella y su hija. (Comité CEDAW, Comunicación 32/2011, 23 de julio de 2012, párr. 2.1 y ss.).

(58) En el ámbito regional, el caso de Valentina Rosendo Cantú contra México evidencia un análisis de este tenor. En ese caso, la Corte IDH puso de manifiesto que los actos de violencia sexual a los que fue sometida se agravaron con la presencia y participación de varios agentes militares armados. Advirtió que la sobreviviente experimentó sufrimiento psicológico y moral ante la posibilidad de también ser violada sexualmente por otros militares.

(59) Un caso interesante para traer a colación sobre este tipo de análisis es el resuelto por la Corte IDH in re Atala Riffo y Niñas vs. Chile (sentencia del 24/02/2012). En ese asunto el Tribunal regional advirtió que la decisión de adjudicar la tenencia de las hijas del matrimonio al padre, en función del proyecto de vida de la madre de las niñas (que había formado pareja con otra mujer) resulta "una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño [que] no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños" (sentencia del 24/02/2012).

cambia la forma de apreciar el litigio, porque se agregan particularidades que, de no existir, podrían conducir a una solución diferente (60).

Esto es —en definitiva— lo que ha querido señalar la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, al fallar un caso en el que se demandó al Estado provincial por haber omitido adoptar las medidas oportunas para evitar la violencia sufrida por una mujer y sus hijos en el marco de la relación familiar, al advertir que "para liberar de responsabilidad en su actuación, la sentencia en crisis se basa en ideas estereotipadas acerca de lo que es la violencia doméstica, que no permitieron reconocer la distinción del contexto de violencia para determinar las medidas que correspondía adoptar, y como derivación de esa mirada limitada de los hechos, no toma en cuenta el derecho aplicable que obligaba al Estado a dar otra respuesta" (61).

IV.2. Impacto de la identificación del caso: ¿en qué aspectos de la decisión se proyecta la detección del presupuesto que torna aplicable la tutela protectoria?

Comprobada la situación merecedora de tutela, adquieren virtualidad una serie de "modulaciones" de las actividades judiciales involucradas en la toma de decisión. En efecto, la perspectiva de género se proyecta —cuanto menos— en tres ámbitos relevantes de la construcción de la sentencia:

a) en la "lectura de los hechos" del caso, de cara a la conformación del juicio de hecho;

b) en la "elección" del marco jurídico aplicable a la situación de hecho involucrada en la especie; y

c) en la forma en que la decisión se exterioriza.

IV.2.a. La conformación del juicio de hecho

La primera proyección del enfoque de género se orienta a la tarea de conformar el juicio de he-

(60) Comité CEDAW, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015, pp. 3-4.

(61) Ver <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163966> causa A-72474, sentencia del 28 de noviembre de 2018.

cho de la decisión. Para ello, resultará relevante el modo en que se lleve adelante la apreciación o “lectura” de los hechos involucrados en el caso y la selección y valoración de las pruebas.

Para cumplir esas tareas con perspectiva de género, quienes ejercen la jurisdicción deberán:

i) descartar cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visibilizar las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría; y

ii) analizar las premisas fácticas “con sensibilidad” sobre las múltiples consecuencias que tiene el género en la vida de las personas (62).

Me ocuparé, sucesivamente, de ambos deberes judiciales.

i) Deber de eliminar estereotipos, prejuicios y prácticas basadas en ellos.

El deber de eliminar estereotipos, prejuicios y prácticas consuetudinarias nocivas basadas en el género se encuentra consagrada en ambos marcos de protección específicos (63).

En el ámbito regional la Corte IDH ha sostenido que la creación y uso de estereotipos “se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la[s] mujer[es], condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales” (64).

Asimismo, en plano universal los Comités CEDAW y de Derechos del Niño han establecido que “las actitudes y estereotipos por razón de sexo o de género [...] perpetúan la existencia generalizada de prácticas que a menudo implican violencia o coacción” (65).

(62) Al respecto, véase en extenso el desarrollo propuesto en el Protocolo, p. 173 y ss.

(63) En la CEDAW encuentra sustento en los arts. 2, incisos a), c), d) y e), y 5, inciso a) y en la Convención Belém do Pará en los arts. 4, incisos e y f, 5, 6 y 7, inciso e.

(64) Véase: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

(65) Comité CEDAW, Recomendación General 31 y Comité CRC, Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6.

Queda claro, entonces, que los estereotipos —en realidad las conductas basadas en ellos— resultan altamente nocivas. Para comprender por qué esto es así, conviene hacer alguna precisión en relación con este concepto. Cuando se alude a estereotipos o prejuicios se hace alusión a “ideas que tienen la capacidad de distorsion[ar] las percepciones y [dar] lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos” (66).

Los estereotipos y prejuicios debido al género son —entonces— creencias o concepciones de las personas culturalmente adquiridas, vinculadas al género —al orden social que de este concepto deriva, a los roles que hombres y mujeres deben cumplir, a cómo cada hombre o mujer debe comportarse, o cuales ha de ser sus características, etc.— que inciden en nuestra percepción del mundo.

El gran problema con ellos es que “se encuentran tan profundamente arraigadas en la sociedad, que no siempre es fácil identificarlas o percibir que están presentes en nuestro pensamiento, o aun cuando las detectamos, hay casos en los que nos rehusamos a eliminarlas, debido a que forman parte de nuestras creencias personales. Lo que sucede en este último supuesto, es que intentamos confirmar la idea preconcebida a partir de la información con la que contamos, inclusive cuando esta pueda ser contradictoria” (67).

Tal como alerté al principio, quienes ejercen la magistratura no resultan personas ajenas a la comunidad en la que se insertan, y —como parte de ella— están expuestas al riesgo de que su juicio resulte afectado por los prejuicios y estereotipos de género que en ese contexto subyacen.

De allí que sea en este ámbito donde más atención deba prestarse. Quienes ejercen la tarea de decidir deben extremar los cuidados y propender a su constante y continua revisión para evitar que este tipo de preconcepciones afecte su deber constitucional de decidir impar-

(66) Comité CEDAW, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015, párr. 29.

(67) V. Protocolo, op. cit., pág. 177.

cialmente, garantizando una vida libre de violencia y en condiciones igualdad.

Analizar de qué manera afectan los prejuicios el razonamiento probatorio resulta un resorte útil para alertar a quienes desempeñan esa función, invitándoles a revisar el modo en que llevan adelante la tarea.

En la construcción del juicio de hecho los prejuicios y estereotipos de género se manifiestan:

- *Cuando quien decide, con apoyo en un estereotipo o prejuicio de género, considera relevante algo que no lo es: la conformación de la plataforma de hecho en el marco de un proceso judicial importa verificar qué hechos relevantes —de los que han alegado las partes— se han probado a la luz de los elementos de convicción agregados al expediente. Como es sabido, la tarea es por demás importante, habida cuenta que es a partir de la determinación de los hechos del caso que se realiza la subsunción normativa, estableciéndose cuáles habrán de ser las consecuencias jurídicas en la especie.*

¿De qué formas pueden actuar los prejuicios o estereotipos de género en la realización de esta tarea? Básicamente de tres maneras: pueden otorgar o restar relevancia a ciertas pruebas, a partir de una idea preconcebida sobre el género; puede ser que se tomen en consideración únicamente las pruebas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa, pasando por alto aquellas que la contradicen; o puede tenerse por acreditado un hecho y darle relevancia para resolver el caso aun cuando sea absolutamente irrelevante.

Ejemplos del primer supuesto —que han de evitarse— pueden hallarse en aquellos casos en que se resta valor a los testimonios de las mujeres y niñas, solo por su género; o bien, cuando se otorga mayor peso al dicho de quienes detentan una posición de dominación o poder (68).

(68) Advertiendo que el juez de primera instancia se sustrajo a la obligación de juzgar con perspectiva de género un caso de responsabilidad civil sometido a su decisión por la vía apelada, la Cámara de apelación de Necochea señaló: "En base a tales principios y normas que obligan a examinar los elementos probatorios con una especial perspectiva y luego de un pormenorizado análisis de la prueba reunida en las actuaciones, adelan-

Asimismo, cuando se desestima el dicho de las víctimas, al considerar que la violencia "doméstica" es una cuestión privada que incumbe a una esfera en la que, en principio, el Estado no debe ejercer injerencia (69).

to la conclusión a la que arribo, en tanto interpreto que el conflicto que subyace en la litis excede el ámbito de la responsabilidad civil y pone en tela de juicio los derechos humanos de la actora y su anhelo de llevar adelante su proyecto de vida sin violencia. [art. 3 Convención Belem Do Pará, arts. 2 inc. b) y 16 ley 26.485]. Ha de señalarse que, en consideración a los estándares ya expuestos, asiste razón a la actora cuando critica la valoración que se ha realizado de la prueba, especialmente de la testimonial y de su relato (art. 384 del CPCC, art. 31 y cc ley 26.485). Ello por cuanto, en supuestos como el presente, la valoración de la prueba debe regirse por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad ya que de este modo se procura la efectividad de las garantías de procedimiento en este conflicto de singulares características (Art. 16 inc. I, 31 Ley 26.485, 710 del CCC). Este favor probationem opera flexibilizando las reglas clásicas en orden a la admisión y valoración de la prueba e indica al juez que en casos de puntuales dificultades deberá facilitar la admisión de los elementos probatorios y también actuará como una pauta de mérito a la hora de darle eficacia" (conf. ORTIZ, Diego O., "Procedimiento de Violencia Familiar", p. 177, Ediciones Jurídicas Buenos Aires, año 2018). En especial, como bien afirma la apelante, resulta inadmisibles la exclusión probatoria ordenada por el a-quo respecto del testimonio de la Sra. A. C. G. —progenitora de la actora—, pues no sólo no se ajusta a los principios que rigen la materia, sino que además el magistrado contradice, a partir de esa exclusión, una decisión ya tomada respecto de su admisión como testigo y en consecuencia abarcada por el principio de la preclusión y del debido proceso. (art. 18 CN, 34, 36 del CPCC) Las mismas consideraciones corresponde realizar respecto del testimonio de la hermana de la actora —Sra. M. S. T.— y de quienes por ser amigas y tener conocimiento del vínculo entre las partes, declararon durante el proceso —Sra. M. M. C. y M. G.—, ya que son las personas más allegadas a la víctima las que pueden referir situaciones compatibles con las que caracterizan conductas como las que son objeto de valoración en el presente. Asimismo, a diferencia de lo valorado por el juez de grado en relación con las declaraciones de la actora —v. f. 293— considero de relevancia los dichos de esta en la causa penal, y que fueron contestes con los sostenidos al tiempo de formular su pretensión, ya que como la propia Corte Interamericana ha reconocido "...sus dichos constituyen un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos" (v. Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros. vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C No. 215 y caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

(69) Cito nuevamente la causa A72474 fallada por la SCBA, en la que se advirtió que "para liberar de responsa-

Casos del segundo tipo se producen cuando un *análisis parcial o sesgado* de las pruebas adjudica mayor valor o relevancia a aquellas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa y, a su vez, se desestiman las que la contradicen (70).

El tercero de los supuestos planteados se relaciona con aquellos casos en que la persona que dirime la cuestión lo hace asignando importancia a hechos —que convierte en relevantes— que en realidad no tienen esa significación en atención al tema a resolver. Como explica el protocolo “el riesgo de los estereotipos y prejuicios de género cuando se lleva a cabo este ejercicio analítico es que pueden generar la apariencia de que ciertos hechos resultan importantes para

bilidad en su actuación, la sentencia en crisis se basa en ideas estereotipadas acerca de lo que es la violencia doméstica, que no permitieron reconocer la distinción del contexto de violencia para determinar las medidas que correspondía adoptar, y como derivación de esa mirada limitada de los hechos, no toma en cuenta el derecho aplicable que obligaba al Estado a dar otra respuesta...se privilegió el estereotipo de que una familia, tras la separación de los progenitores con dos hijos, uno de cuatro años y el otro de dos, aunque exhibiéndose relaciones asimétricas de poder de la pareja, a partir de un esposo y padre violento, debía ser capaz de arreglar los asuntos privados, aunque con el aval de considerar adecuado el acompañamiento de medidas tendientes a alcanzar la paz familiar a través del cumplimiento de las responsabilidades que los ligaba en su relación parental”.

(70) Es lo que sucedió en el caso L.N.P. vs. Argentina, resuelto por el Comité CEDAW en la Comunicación 16/9/2007: al analizar las pruebas, el tribunal argentino concluyó que “si bien el acceso anal quedó probado e incluso reconocido por el principal acusado, no quedó probado que dicho acceso no hubiera sido consentido por la autora. El fallo judicial determinó que ‘podía hablarse de inexperiencia sexual [de la autora si ésta no presentaba desfloración de larga data’ según lo establecido en los dos informes médicos practicados”. Al respecto, el Comité CEDAW determinó que, el hecho de que la sentencia se hubiese centrado en la vida sexual de la autora y en determinar si era o no “prostituta”, además de haber considerado la falta de virginidad como elemento principal para determinar que existió consentimiento del acto sexual, constituía un claro acto de discriminación. Como señala el protocolo al analizar este caso: “Como puede advertirse, se encuentran implícitos, cuando menos, dos estereotipos de género: (i) que las mujeres con una vida sexual activa difícilmente se niegan a una interacción sexual; y (ii) que las mujeres que se dedican al trabajo sexual remunerado no podrían ser víctimas de violación, porque “a eso se dedican” (v. Protocolo, p. 189).

resolver la controversia, cuando en realidad no lo son. Esto se debe, en gran medida, a que los estereotipos moldean nuestras ideas sobre cómo ‘deberían ser’ o cómo ‘deberían comportarse’ los géneros (mujeres, hombres y personas no normativas). Esto crea expectativas, las cuales, de no cumplirse, parecen merecer un cierto reproche” (71).

- Cuando, debido a una visión estereotipada sobre el género, inadvierte el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría: es que, al presentar como “natural” que las mujeres o los hombres sean o se comporten de tal o cual

(71) V. pág. 191. Un caso que puede citarse como ejemplo de este tipo de prejuicios es el que resolvió la Cámara 8 CC de Córdoba mediante sentencia del 21/12/2000, donde el tribunal, pese a acoger la demanda promovida para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados a raíz de una relación de pareja violenta, determinó que correspondía concluir que en el caso mediaba culpa concurrente porque la mujer conocía el perfil peligroso de su marido y asumió el riesgo de convivir y contraer matrimonio (v. Revista derecho familia número 22 p. 153). Evidentemente, el razonamiento que atribuye culpa a la mujer por “permanecer en esa relación” se apoya en una concepción prejuiciosa en relación con su decisión (por conveniencia económica, social etc.) que ignora por completo el contexto de las relaciones de violencia. El caso fue citado, y desarrollado por la Prof. Kemelmajer en la exposición que cité más arriba, y que se encuentra disponible en el canal de YouTube de la Suprema Corte Bonaerense. Similar consideración cabe respecto del caso de responsabilidad del Estado bonaerense que ya cité también. Allí la Suprema Corte advirtió “Otro de los estereotipos presentes en la fundamentación de la sentencia se revela en el reproche hacia la madre en el cumplimiento del rol de cuidado partiendo del estereotipo de la víctima ideal. Allí se señala: ‘...la repentina y perversa acción de B. fue incluso capaz de engañar al instinto maternal de la Sra. M. A. G., quien —evidentemente— tampoco pudo detectar en los eventos anteriores una latente conducta filicida de aquél’ (fs. 999; el destacado me pertenece). Sin embargo, se observa, a través de otras pruebas, el real contexto policial y judicial en el que la señora M. A. G. estaba inmersa para poder ejercer la oposición que se le reclama...Frente a esta realidad, la carga que se le impone en cuanto debió oponerse a las visitas, cuando la ponderación de los factores individuales que influenciaron en su personalidad y la capacidad individual para responder a la violencia la posicionaban desde lo institucional en su falta de derecho, permite una consideración distinta de cómo debió actuar la víctima”. Sostuvo el ministro de Lázari: “De todo este desarrollo en torno a la actuación de la señora M. A. G., interpreto que el estereotipo de “buena madre” tuvo el efecto perjudicial de imponerle una carga adicional basada en su género”.

modo, “la forma tan distinta en que el género condiciona la vida de unas y otros pierde sentido, puesto que las cosas son ‘como deben ser’ o ‘como siempre ha sido’” (72).

En el marco del proceso, este tipo de razonamientos es sumamente nocivo, desde que pasa inadvertida la posible inequidad en la que ese encuentran las partes debido al género, así como el impacto desproporcionado que ocasiona dicha categoría (73).

- *Cuando alguna de esas ideas preconcebidas sobre el género se utiliza como máxima de la experiencia para tener por probado un hecho: se trata de generalizaciones formuladas a partir de ideas o significaciones propias culturalmente adquiridas que —no obstante— carecen de racionalidad suficiente. Usualmente su utilización refuerza estereotipos y lesiona los derechos de las personas involucradas.*

El caso “Atala Riffo”, citado con anterioridad, es muestra de un razonamiento de este tenor. En ese caso, fue la Corte IDH la que se ocupó de visibilizar el razonamiento estereotipado de la Corte chilena al señalar que había basado su determinación en el estereotipo vinculado a “la preconcepción, no sustentada, de que los niños [y niñas] criad[a]s por parejas homosexuales ne-

cesariamente [tienen] dificultades para definir los roles de género” (74).

Como se explica en el Protocolo, “la decisión anterior se adoptó sin que la Corte Suprema justificara la validez de la máxima de experiencia que utilizó. Incluso, la Corte IDH, para evidenciar que esta carecía de sustento, hizo referencia a la jurisprudencia de otros países y a distintos informes científicos que constataban que la convivencia de menores de edad con padres y madres homosexuales no afectan per se su desarrollo emocional y psicológico. Fue sobre esa base que determinó que la decisión judicial se había apoyado en un estereotipo no sustentado, y no en la evidencia de un daño concreto, específico y real para el desarrollo de las niñas” (75).

ii) Deber de analizar las premisas fácticas “con sensibilidad” sobre las múltiples consecuencias que tiene el género en la vida de las personas.

Vinculado con todo lo dicho, las personas que ejercen la magistratura se hallan alcanzadas por la obligación convencional de analizar los hechos de los casos que juzgan con “sensibilidad de género”, esto es con la capacidad y el conocimiento que requiere el poder identificar, comprender y visibilizar cómo impacta el género en la vida de las personas y por qué lo hace en forma diferenciada en hombres, mujeres y minorías sexuales.

La Convención de Belém do Pará advierte que es deber de los Estados fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer (art. 8). En el mismo entendimiento, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer insta a todos los Estados Parte a adoptar de manera efectiva programas de educación y divulgación que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena

(72) V. protocolo, op. cit., p. 195.

(73) Un ejemplo de este tipo de razonamiento podemos encontrarlo en la decisión que impugnó la defensa de un imputado —adoptada por la Fiscal de Instrucción— que con base en la literalidad del art. 32, inc. “f” de la ley 24.660 (mujer con hijos menores de 5 años a su cargo), sin analizar la situación particular del imputado (padre a cargo de tres hijos con madre fallecida) denegó la prisión domiciliaria a su respecto. La jueza interviniente otorgó el beneficio de la prisión domiciliaria al considerar que el presupuesto “madre” que contiene la norma entra en contradicción con preceptos de rango constitucional como son la perspectiva de género y el principio del interés superior del NNA, lo que conduce a la necesidad de una aplicación extensiva de la regla. Entendió que la normativa actual evidencia una laguna producto de la aplicación de estereotipos de género, que pareciera considerar que solo las mujeres (madres) ejercen roles de cuidado, constituyendo un supuesto de discriminación indirecta (“Incidente sustanciado con motivo de la oposición de la Dra. R.I. a la denegatoria de prisión domiciliaria del imputado B., E.” 30/10/2019, ver <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4395>).

(74) Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, cit. párr. 125.

(75) V. p. 201.

aplicación del principio de igualdad social de la mujer (76).

Como he precisado más arriba, en el ámbito local se han sancionado diversas normas tendientes a concretar ese imperativo que resulta de lo más relevante de cara a sensibilizar en la materia a quienes operan el sistema. Sin capacitaciones de quienes integran el poder judicial, la posibilidad de advertir el impacto del género en los conflictos que se juzgan es remota.

Lamentablemente, existen innumerables ejemplos. En todos los casos donde la variable no es considerada debiendo serla, se advierte una lectura sesgada del problema que se traduce en una sentencia que no solo no resuelve el conflicto, sino que usualmente revictimiza a quien acude al poder judicial en búsqueda de protección.

Al respecto, puede verse, v.gr., el caso “P. Z. E. c. superior gobierno de la provincia de Córdoba - ordinario accidente (ley de riesgos)”, donde el Tribunal de segunda instancia hizo lugar a la demanda de una mujer policía por accidente de trabajo en contra de la provincia de Córdoba por el ataque sufrido por delincuentes que la sometieron a abuso sexual cuando cumplía tareas de vigilancia. En esa decisión estimó inaceptable a la luz de la Convención Belém do Pará, la ley 26.845, la Ley Micaela y la propia legislación provincial tendiente a la tutela de los derechos de las mujeres, la negativa del hecho que hizo la demandada por no constarle. Hizo un llamamiento a la Provincia a revisar su política de tratamiento de los procesos judiciales que la involucran, y están en juego derechos humanos de las mujeres (77).

IV.2.b. La “elección” del marco jurídico

Conformado el juicio de hecho, será necesario asignarle una significación jurídica. En la tarea de aplicar el derecho, el enfoque de género también ejerce una incidencia significativa.

(76) CEDAW, Informe particular para Argentina N° 6, 2010, párrafo 16.

(77) <https://om.csn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4604>.

Quienes se hallan a cargo de la decisión, deberán:

- i) aplicar estándares de derechos humanos de las personas que participan en la controversia; y
- ii) evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta y la neutralidad de la norma.

El primer imperativo ha sido recogido incluso por el título preliminar del CCC al que hice alusión al proponer este recorrido. Se trata de una visión que busca concebir al ordenamiento jurídico como un sistema con pretensión de coherencia en el que el diálogo de fuentes cohesione los microsistemas que lo integran. En ese contexto, la constitucionalización del derecho privado pone el enfoque de derechos en el lugar de piedra angular.

Esta mirada del asunto “obliga a considerar que las experiencias de victimización forman parte, frecuentemente, de una cadena de actos discriminatorios, en donde uno sigue a continuación de otro” (Women’s Link Worldwide, 2014, p. 64). Por tanto, mediante el uso de un enfoque interseccional se reconoce que las personas no experimentan la discriminación en abstracto, sino en un contexto social, económico, político y cultural determinado, en el que se desarrollan y reproducen privilegios y desigualdades (Women’s Link Worldwide, 2014, pp. 51, 63) (78).

La perspectiva que propone la interseccionalidad requiere dar cuenta de los entrecruzamientos entre las diferentes condiciones que convergen en la identidad de las personas: el género, la orientación sexual, la etnia, la raza, la condición socioeconómica, la edad y la discapacidad, entre otras. Visibiliza cómo la interacción de múltiples desigualdades y discriminaciones confluyen en las experiencias concretas (79).

(78) V. protocolo, op. cit., p. 206.

(79) Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres

De ahí que, en la selección del marco jurídico, quienes decidan la controversia deberán tener en cuenta todos los estándares que surgen de los diversos sistemas de protección en función de las características que el caso presente, y desentrañar de qué manera ellas interactúan en la concreta situación en estudio para poder seleccionar las herramientas que brindan esos marcos de cara a nivelar las posiciones relativas de las partes (80).

El Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género ofrece ciertos interrogantes para guiar ese cometido: ¿cuáles son las condiciones de

pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia (Recomendación General 33 Acceso a la Justicia, CEDAW/C/GC/33, op. cit., párr. 8).

(80) En el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* sentencia del 01 de septiembre de 2015 (v. especialmente el párr. 290) la Corte IDH da cuenta de cómo inciden las diferentes situaciones de desventaja en la vida de una persona, agravando —redimensionando— el impacto de esas categorías en su concreta vivencia. Así, puso de manifiesto por ejemplo que un enfoque interseccional del caso permite advertir cómo la estigmatización de personas afectadas por el virus HIV, pueda impactar de diversa manera en atención a las condiciones personales de la persona afectada: "La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados".

identidad y características particulares de las personas involucradas en la controversia? Verificar si, por ejemplo, hay niñas, niños o adolescentes involucrados, si alguna de las partes es mujer, es una persona con discapacidad, pertenece a una comunidad indígena, es afrodescendiente, es adulta mayor, pertenece a la comunidad LGBTIQ+, es migrante o ha sido desplazada, se encuentra embarazada, se encuentra en situación de pobreza, no habla español, tiene alguna enfermedad, se encuentra privada de la libertad, vive en una zona rural, etcétera. Luego: ¿cuál es el marco jurídico de origen nacional e internacional aplicable al caso? ¿Cuál es la norma que garantiza mejor el derecho a la igualdad de las víctimas o personas involucradas en el caso? ¿Cuáles son las herramientas que el marco normativo aplicable brinda para resolver las asimetrías en la relación, así como la desigualdad estructural de la que derivó el caso? ¿Existen convenciones, tratados u otros instrumentos internacionales que hagan referencia, ya sea a las condiciones de identidad y/o características de las partes, o a la litis? ¿Existen pronunciamientos de organismos regionales o internacionales como recomendaciones u observaciones generales que hagan referencia a esos elementos o al fondo de la controversia? ¿Existen recomendaciones específicas de algún órgano de tratados o comité del Sistema de Naciones Unidas al Estado mexicano sobre ello? Entre otras relevantes a la que resulta interesante remitirles (81).

Seleccionado el marco jurídico aplicable al caso, surge la obligación de evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta y la neutralidad de la norma. Este imperativo se proyecta de dos maneras:

- i) en el deber de analizar cómo impacta la interpretación de la norma en el caso concreto, aunque no se halle involucrada su constitucionalidad;
- ii) en el deber de realizar el control de constitucionalidad / convencionalidad, aún de oficio.

La herramienta de la comparación es un recurso útil de cara a cumplir el primero de los análisis. Comparar cómo podría impactar la

(81) V. p. 201 y ss.

misma solución en un caso en que no estuviera involucrada esta variable de tutela resultará probablemente revelador.

El protocolo vuelve —en este punto— sobre la necesidad de formularse interrogantes al efecto, tales como: ¿la norma puede interpretarse y aplicarse igual en los casos en los que existe un contexto como el que padece quien resiente los efectos adversos del género, que en aquellos en los que no? ¿Aplicar la norma de manera idéntica en ambos casos ocasionaría las mismas consecuencias? ¿El precepto normativo, al ser interpretado de una cierta forma, tendría los mismos resultados si fuese un hombre quien resiente la consecuencia jurídica, que si fuese una mujer o alguien perteneciente a una minoría sexual? ¿Qué tan probable es que los hechos que se tienen por probados le sucedan a un hombre? **(82)**

(82) V. p. 213. Un ejemplo de este tipo de análisis es el que se realizó la CFed. de Córdoba en el caso "D., J. c. Anses s/ amparo Ley 16.986", donde revocó la sentencia dictada por el Juez Federal de Río Cuarto, y ordenó a la Anses restablecer el pago de la asignación familiar a favor de la madre de un niño con discapacidad, tras interpretar el concepto de familia con enfoque de derechos. La sentencia entendió que, si bien la mujer no tiene relación afectiva con el padre del niño, tiene dos hijos en etapa de jardín maternal, uno de ellos con discapacidad, y tuvo que retomar la profesión. El fallo citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos e hizo referencia a que no existe un concepto cerrado de familia, así debe abarcar otros lazos familiares de hecho (ver <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4396>). Otro caso que puede consultarse —esta vez en materia penal— es "S., K. L. p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis" (sent. 10/05/2017), donde la cámara criminal y correccional de Cruz del Eje, Córdoba, absolvió a la acusada de homicidio agravado por empleo de arma de fuego contra su pareja por proceder legítima defensa. Para ello analizó el alcance de la norma confrontándola con el material probatorio a la luz de la perspectiva de género. Preciso el tribunal que ante la sospecha de que pueda tratarse de violencia de género, es deber del Estado obrar con debida diligencia (art. 7, b de la Convención de Belem do Pará). También es un deber, de acreditarse tal violencia, interpretar los institutos jurídicos sin obviar esa particularidad. La interpretación de la legítima defensa debe implicar una aplicación igualitaria para mujeres y hombres donde tal tipo de violencia sea contemplada. No puede ser soslayada bajo riesgo de discriminación y violación al principio de igualdad, pues ante un cuadro grave de violencia de género preexistente y prolongado, la acusada se defendió ante la agresión y afectó el mismo bien jurídico que defendía respecto suyo, y no luce razonable pensar que hubiese tenido otra alter-

El segundo de los imperativos es bien conocido y concierne a toda persona que ejerza la función jurisdiccional. No me detendré aquí en el control de constitucionalidad /convencionalidad. Cualquier desarrollo que pueda hacer resultará incompleto y excederá en mucho el alcance de este desarrollo. Solamente señalaré, en relación con el objeto de este trabajo, que generalmente cuando el caso involucra la constitucionalidad de una norma jurídica por estar en juego alguna cuestión relativa al género, usualmente subyace un argumento relacionado con la afectación al principio de igualdad y no discriminación, y a las condiciones de su vigencia.

Será prioritario —entonces— el confronto con los estándares que a su respecto han sentado los órganos de protección regionales y universales, echando mano a argumentos que permitan combatir un trato discriminatorio directo **(83)**, o enervar aquellos que involucren un trato discriminatorio indirecto **(84)**.

nativa menos gravosa sin que su vida corriera peligro (el fallo puede descargarse desde acá: <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4503>). Como podrá advertirse, no se cuestiona allí la constitucionalidad de la norma, sino que se analiza el impacto de las diversas interpretaciones del precepto en atención al elemento contextual.

(83) Esto sucede cuando dos situaciones de hecho similares son reguladas de forma desigual sin que exista una justificación razonable para hacerlo, ya sea tácitamente (prescribiendo un régimen para un colectivo sin aludir al otro) o expresamente (estableciendo dos sistemas normativos diferentes). Es lo que sucedió, por ejemplo, en el caso "Carballo" en que la Corte confrontó la validez constitucional de una norma que distinguía entre el personal masculino y el femenino de la Prefectura Naval, permitiendo a aquel optar por mantener el estado policial o bien pasar a revistar como personal civil. Tal opción se denegaba al personal femenino, que debía pasar obligatoriamente a revistar como personal civil. El tribunal, sobre la base de informes agregados al expediente, consideró que la norma "carece de base que la sustente", pues "no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido de desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial" (considerando 7°) (287:42).

(84) Situación que se genera cuando una norma jurídica es "aparentemente neutra", pero sin embargo su aplicación en el caso genera un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. En el caso "Gallo, María Liliana c. Provincia

Por ello, se advierte especialmente que “muchas veces las distinciones que se hacen en las normas jurídicas con base en la categoría del género llevan implícito un estereotipo sobre las características de mujeres, hombres y minorías sexuales (estereotipos descriptivos de género) o sobre los roles y actitudes que corresponden a unas y otros (estereotipos normativos de género). Esto resulta particularmente importante cuando hablamos de discriminación directa, porque, en muchas ocasiones, la idea estereotipada sobre el género es precisamente la que da lugar a la distinción. Por ese motivo es fun-

damental que las personas juzgadoras identifiquen si la norma jurídica sujeta a escrutinio encierra un estereotipo” (85).

IV.2.c. Forma en que la decisión se exterioriza

Tomada la decisión, la tarea de comunicarla a las partes y a la sociedad también se halla alcanzada por el enfoque que el género propone. La propia Corte IDH ha advertido el papel que juega el lenguaje en la perpetuación de la condición de subordinación de las mujeres al lenguaje, al poner de manifiesto que esta se agrava cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y *el lenguaje de las autoridades* (86).

Tal como también surge del Protocolo que ha servido de guía a este desarrollo, el lenguaje se “revela como un deber indispensable al momento de juzgar con perspectiva de género, debido a su fuerte potencial simbólico y a su capacidad para traducirse en una herramienta adicional para lograr la igualdad, o bien, en una vía para discriminar y perpetuar el orden social de género, cuando no satisface ciertas características como ser incluyente, no sexista, desprovisto de estereotipos de género y sin carácter revictimizante, por citar algunas” (87).

Como construcción social, resulta alcanzada por las concepciones, valores y reglas de uso que imperan en una comunidad y acuerdan su utilización como código de comunicación. Debería, en tanto instrumento, evolucionar con las comunidades. No obstante, este ámbito por su potencial simbólico acaso, por su fuerte potencial (in)visibilizador es fuertemente resistido y cuestionado bajo argumentos que —sin perjuicio de su aparente neutralidad— esconden serios prejuicios derivados del orden social de género aprendido.

No hay una única manera de hacerlo, ni reglas preestablecidas de cara a la utilización de un

de Buenos Aires - Ministerio de Salud s/ demanda contencioso-administrativa" (CSJ 616/2014 (50-G), dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/septiembre/Gallo_CSJ_616_2014.pdf y fallo completo en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7277202>. Se discutió si el ejercicio de la facultad de la administración pública de establecer el horario de prestación de tareas es compatible con los derechos a la protección contra la discriminación de la mujer, y a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos. Asimismo, en el caso P., Micaela s/ acción de emplazamiento filial (TR LALEY AR/JUR/9539/2021) se discutió la interpretación del art. 566 del CCC a la luz de lo indicado en el art. 402 de ese mismo cuerpo normativo. En esa ocasión, se advirtió que “si el nacimiento genera ipso iure un vínculo con ambos miembros de la pareja conyugal heterosexual, igual solución debe darse en un matrimonio de mujeres; de lo contrario, se alteraría la norma legal y su fundamento constitucional, respetuoso de los principios de igualdad y no discriminación.[-] La presunción de filiación se encuentra establecida en el art. 566 del Cód. Civ. y Com. de la Nación: “se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio (...)”. De esta forma, el Código amplía la regulación del código derogado, en matrimonios de mujeres. Se dará la comaternidad, pues ambas son madres. La práctica registral comenzó a admitir el doble vínculo filial de los hijos de parejas casadas, con independencia de su orientación sexual. Lo que pareciera que no ocurrió en este caso. A la luz de la perspectiva heteronormativa, la presunción de filiación se deriva del dato biológico, pero con la inclusión del matrimonio igualitario, la presunción va a responder al proyecto parental y a la voluntad de tener un hijo y criarlo con la cónyuge de la mujer que dio a luz. Esta presunción matrimonial se impone en supuestos en los que se entrecruzan prácticas caseras y uniones matrimoniales compuestas por dos mujeres, ya sea que se haya procedido a la inseminación casera con material genético (semen) de una persona conocida o bien se haya mantenido relaciones sexuales con un señor al solo fin de que una de las cónyuges quede embarazada. En estos casos cabe aplicar la presunción matrimonial del 566 del Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

(85) V. p. 226.

(86) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 132.

(87) V. p. 236.

lenguaje con perspectiva de género **(88)**. De ahí la inseguridad que alegan a su respecto quienes se oponen, quizás sin advertir aún su importancia desde la perspectiva del enfoque de derechos, a su utilización **(89)**.

Es importante advertir que la incidencia del género en el lenguaje no es una cuestión meramente gramatical, banal, o superficial. Es que “esta labor no solo se cumple con cambiar los artículos o duplicar los sustantivos, sino que quien usa el lenguaje se cuestione si las palabras o frases empleadas excluyen o invisibilizan a un grupo de personas o si perpetúan situaciones de desigualdad” **(90)**.

(88) La utilización de un lenguaje no sexista no requiere del uso de la “e” que tanta controversia ha generado en nuestro medio. Puede utilizarse el denominado lenguaje neutro, que evita la utilización de masculinos como comprensivos de otras identidades, sin echar mano a la letra e. Como todo lo culturalmente aprendido importa un cierto ejercicio que es necesario incorporar. En este trabajo he utilizado de principio a fin esta técnica, como mecanismo para visibilizar que es posible escribir artículos de este tenor mediante lenguaje incluyente y no sexista, sin que ello importe un sacrificio especial o que se altere la significación del texto.

(89) Butler presenta una interesante perspectiva sobre los límites del sujeto y destaca el importante rol del lenguaje como herramienta necesaria en el proceso de construcción de la subjetividad del individuo, en nuestro caso la necesaria construcción identitaria de una misma como mujer y su articulación con el poder. Es especialmente relevante en el caso del castellano el carácter performativo del lenguaje. La invisibilización de lo femenino detrás del masculino genérico es tan sólo un ejemplo de la construcción identitaria de lo femenino, no sólo por parte de las mujeres sino de la situación hegemónica de los géneros, desde la estructura lingüística y por tanto desde su relación con la estructura de poder social. El lenguaje no es solamente descriptivo de las enunciaciones de sexo y de género, sino que construye y nos construye, estableciendo relaciones de poder [v. BUTLER, J. (2007). “El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad. Barcelona, España: Paidós Ibérica. Butler, J. (2016). Fundaciones contingentes: el feminismo y la cuestión del ‘postmodernismo’”. La Manzana de la Discordia, 1, 133-147. <https://doi.org/10.25100/lamanzanadeladiscordia.v1i1.1445>; ob. cit. en Susana Barón, Universidad Complutense de Madrid, España, España Ceguera de Género, Feminismo y Academia en la Violencia de Género. Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, 2019, Anuario de Psicología Jurídica, vol. 29, pp. 89-93, 2019]. Disponible en <https://www.redalyc.org/journal/3150/315060291012/html/#B05>).

(90) V. protocolo, p. 238.

Indudablemente, una sentencia construida con enfoque de género debe evitar la utilización de un código que silencie el problema de la inequidad y la discriminación. No ha de perderse de vista la función “educadora” que muchas veces ejerce la jurisprudencia en la comunidad y en quienes intervienen en el sistema de justicia. De ahí que resulte fundamental advertir a quienes ejercen la jurisdicción sobre el potencial que el uso del lenguaje tiene en la transmisión de la decisión que han construido. Se trata de, a todas luces, de un recurso que permite “amplificar” los efectos que el pronunciamiento ha de generar.

¿Cómo hacerlo? No hay una única forma, ni reglas preestablecidas.

Como toda convención, requiere de consenso en su implementación. En el mientras tanto, evitar el empleo de un lenguaje que resulte excluyente es una práctica que debe (des)aprenderse echando mano a diversas herramientas: la visibilización de las personas implica nombrarlas **(91)**, evitando la utilización de sustantivos masculinos como comprensivos de otras identidades **(92)** y recurriendo —por ejemplo— a la incorporación de sustantivos neutrales y abstractos, como he hecho en todo este trabajo con el objetivo de visibilizar la importancia del punto y la posibilidad de implementarlo sin mayor esfuerzo.

De otro lado, la referencia a profesiones, cargos, oficios, puede hacerse tanto en femenino como en masculino, utilizando el femenino cuando se trate de mujeres —lo que ayudará a evitar que se continúe con la perpetuación de roles de género y las concepciones sobre que unas profesiones u ocupaciones son para hom-

(91) Por ejemplo, identificando a las diferentes identidades que el caso involucra.

(92) “La recurrente” o a la “magistrada/jueza” o a “la apoderada”, evitando la frecuente utilización del masculino como comprensivo de otras identidades. Una valiosa herramienta que puede contribuir a este menester es el software desarrollado por la Universidad iberoamericana de México. “CADI” (en honor a Capitolina Díaz, la investigadora que propuso su creación) es el diccionario de lenguaje incluyente que busca facilitar la tarea en la redacción de documentos con perspectiva de género. Puede accederse desde acá: <https://lenguaje-incluyente.iberomx/>.

bres y otras para mujeres (93)— y asimismo, “debe prestarse atención al utilizar expresiones que puedan establecer jerarquía entre los géneros o que desvaloricen (OACNUDH Guatemala 2015, 44) o cosifiquen a las mujeres. El empleo de estas palabras o frases en la sentencia puede validar su uso y perpetuar prácticas discriminatorias, además de tener un efecto revictimizante” (94) (95).

V. A modo de cierre (siempre provisional)

Así como el Estado —el poder judicial especialmente— es garante de la realización de los derechos reconocidos en las Convenciones de Derechos Humanos y de todos los derechos y garantías que la Constitución alberga, el proceso es la herramienta para que quienes vean vulnerados sus derechos encuentren debida protección. De allí que el acceso a la justicia y la tutela judicial continua y efectiva no puedan sino concebirse desde la perspectiva del enfoque de derechos. Tal, la recordada premisa que surge del título preliminar con el que elegí comenzar este trabajo.

Pensar lo procesal desde el enfoque de derechos involucra concretamente revisar categorías. Pensarlas desde el prisma que propone el bloque de convencionalidad, interpelarse cotidianamente, para convertir al proceso en una herramienta de nivelación que contribuya a erradicar definitivamente la desigualdad y la discriminación.

(93) V. p. 241. Un recurso muy interesante que plantea el protocolo para identificar cuándo una frase está impregnada de “sexismo” constituye plantear el enunciado de manera inversa y verificar si la formulación en sentido contrario nos parece extraña. Por ejemplo, si en lugar de decir “el señor Ramos y su hermosa mujer Laurita”, decimos “la señora Ramos y su hermoso hombre Carlitos”. ¿Esta formulación nos parece una frase cotidiana? Resulta difícil pensar que sí, por tanto, claramente es una frase con un sesgo sexista: hace referencia a una persona como propiedad de otra, y se refiere a ella con un diminutivo.

(94) *Ibidem*, p. 242.

(95) Al resolver el Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, la Corte IDH identificó y señaló que las autoridades insultaron a las mujeres sobre la base de concepciones estereotipadas y que las responsabilizaban de lo sucedido. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, 28 de noviembre de 2018, párrs. 213-219.

Para ello es prioritaria la formación de aquellas personas que, desde cualquier rol, intervienen en él. Para evitar incurrir en prácticas sexistas o discriminatorias es necesario transitar un camino de autorrevisión. Desandar recorridos. (Des) aprender conductas sobre la base de un paradigma convencional que tiende a proteger a quienes más lo necesitan. A aquellas personas que históricamente han sido especialmente discriminadas y que por esa razón integran colectivos vulnerables que requieren de la implementación de tutelas especiales diferenciadas.

Reducir la discriminación, y las violencias debido al género a un problema lingüístico —pretendiendo invisibilizar mediante el lenguaje que lo que aquí subyace es una lucha de poder— o negarse a advertir que no es una cuestión “de preferencias o gustos” sino una obligación convencional que atañe a todas las personas —y no solo a mujeres o disidencias sexuales— involucra falta de formación. Déficit intolerable en quienes resultan garantes de los derechos de las personas que integran la comunidad.

El enfoque de género, como herramienta analítica, les interpela desde diferentes lugares. La lectura del conflicto —que deberá hacerse a través del prisma que el método propone— se proyectará en la selección, interpretación y valoración de la prueba a partir de la cual se conforme el juicio de hecho de la decisión. La construcción del marco jurídico abrevará, asimismo, en relación dialéctica en esa plataforma. Luego, la selección e interpretación normativa, en clave de derechos y con perspectiva interseccional es imprescindible para concretar un cometido que se logrará en mayor medida con una comunicación que contribuya a exteriorizar performativamente, a “visibilizar educando”, hacia donde debe irse.

Quienes ejercen la magistratura se hallan en una posición de privilegio de cara a avanzar en esa dirección. No solo por cuanto en el caso concreto pueden efectivamente remediar el daño de las personas que el proceso involucra, sino por la posibilidad de hacer ostensible el problema, y de contribuir a una educación social libre de estereotipos, inequidades y violencias. Ojalá estas líneas sean, cuanto menos, un incentivo más para fortalecer el camino hacia ese (des)aprendizaje que indudablemente debemos seguir trabajando.

La tutela procesal individual del consumidor

A propósito de la competencia territorial

Miguel Robledo (*)

Santiago Rodríguez Junyent (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los consumidores como sujetos en condición de vulnerabilidad.— III. Los consumidores como sujetos en condición de hipervulnerabilidad.— IV. La garantía constitucional y convencional del debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.— V. La competencia territorial en el ámbito consumeril.— VI. Ámbito de aplicación.— VII. Presupuestos de aplicación.— VIII. Efectos de la aplicación.— IX. Aspectos procesales.— X. Nuevas proyecciones de la vulnerabilidad y la competencia territorial.— XI. Conclusiones finales.

I. Introducción

En el presente número especial sobre personas en situación de vulnerabilidad y proceso, nos focalizaremos en la tutela procesal individual del consumidor y, en especial, en las cuestiones conflictivas que involucra el diseño de la competencia territorial (1).

(*) Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

(**) Profesor titular de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

(1) Por cuestiones de extensión del presente trabajo, nos ocuparemos de la tutela procesal individual del consumidor dejando de lado la tutela procesal colectiva, tópico que —con una perspectiva general— hemos profundizado en anteriores oportunidades: Junyent Bas, Francisco - Garzino, María Constanza - Rodríguez Junyent, Santiago, "Cuestiones Claves de Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial", Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 275 y ss.; ROBLEDOS, Miguel, "La legitimación colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos en Argentina", Revista Piélagus de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la

II. Los consumidores como sujetos en condición de vulnerabilidad

La premisa de la cual debemos partir es que, en los debates de la Convención Constituyente de 1994, en oportunidad de receptarse los derechos de los consumidores y usuarios en el art. 42, el Convencional Irigoyen —en su calidad de miembro informante del dictamen de la mayoría—, puso de relieve que "[e]l derecho del consumidor nace del reconocimiento de que es necesario restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo", puntualizando que, "[e]ste marco de equilibrio desfavorable al consumidor y favorable al proveedor surge de una debilidad estructural por parte del consumidor en la relación de consumo".

Destacó, asimismo que "...el derecho del consumidor busca elevar al consumidor, para encontrar la necesaria nivelación en la relación, a fin de que ambas partes se encuentren realmente en la misma situación para contratar",

Universidad Surcolombiana, Vol. 14 n° 1, enero diciembre 2015, Neiva - Huila - Colombia, p. 75 y ss., entre otros.

remarcando que el derecho en su avance “[e]n definitiva, busca la igualdad sustancial, y para que esta se opere precisa elevar al consumidor al nivel del proveedor” (2).

De lo expuesto, advertimos que, en criterio del constituyente, el consumidor configura un sujeto de condición de vulnerabilidad que se encuentra en una situación de “desequilibrio” respecto al proveedor, lo cual exige adoptar medidas positivas para garantizar su igualdad.

Trazado así el escenario, los poderes constituidos (ejecutivo, legislativo y judicial) no pueden apartarse del espíritu constitucional al momento de la creación, interpretación y/o aplicación de las normas que involucren al consumidor.

III. Los consumidores como sujetos en condición de hipervulnerabilidad

Recientemente, ya no solo se alude al consumidor como sujeto en condición de vulnerabilidad, sino que —incluso— se incorpora la categoría de consumidores “hipervulnerables”, tal como lo refleja la res. 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación (BO 28/05/2020).

De tal modo, al decir de Barocelli, se “...institucionaliza una política diferenciada y preferente de protección de los consumidores hipervulnerables en la autoridad de aplicación nacional de la ley 24.240” (3).

En sus considerandos reconoce que “...la vulnerabilidad estructural de todos los consumidores en el mercado, algunos de ellos pueden encontrar agravada su situación debido a su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos”.

En su art. 1°, califica como consumidores hipervulnerables “...a aquellos consumidores que

sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad debido a su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

“Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

En su art. 2°, menciona un listado no taxativo de posibles causas de hipervulnerabilidad (4).

En su art. 3°, encomienda a la Subsecretaría de Acciones para la defensa de la y los consumidores de la Secretaría de Comercio Interior de Desarrollo Productivo, a fin de arbitre la medidas pertinentes para la implementación de la resolución, entre las cuales se destaca: inc. a) “Promover acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables”; b) “Implementar

(4) Art. 2°.- “A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme ley 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a dos [2] Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a dos [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (ley 23.848)”.

(2) Convención Nacional Constituyente, 31ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 16 de agosto de 1994 Convención Constituyente de 1994, p. 4170.

(3) Barocelli, Sergio Sebastián, “Comentarios a la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior”, ADLA, 2020-7, 19, La Ley online: TR LALEY AR/DOC/2115/2020.

medidas en pos de la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables”.

En su art. 4°, dispone que en los procedimientos administrativos en los que participe un consumidor o consumidora hipervulnerable se deben observar los principios vinculados con el lenguaje accesible y el deber reforzado de colaboración.

En su art. 5°, se procede a invitar a las autoridades de aplicación de la ley 24.240 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las Provincias que, dentro de sus respectivas competencias, adopten medidas pertinentes para garantizar en sus jurisdicciones una “tutela de acompañamiento”.

Indudablemente, tal como señala Méndez Acosta, se trata de “...un paso positivo en la tutela de los sectores más vulnerables de la sociedad, particularmente por poner el acento en la implementación de sus derechos, más que en la —por momentos estéril— tarea de reconocer nuevos” (5).

En otras palabras, la categoría de consumidores hipervulnerables contribuye a robustecer la tutela del estatuto consumeril.

IV. La garantía constitucional y convencional del debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia

Como una derivación lógica de la condición de vulnerabilidad —y en algunos supuestos de hipervulnerabilidad— de los consumidores, es necesario brindar una protección reforzada de la garantía constitucional y convencional del debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, el acceso a la justicia reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal (arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN; arts. 8° y 25, Convención Americana de Derechos Humanos), todo lo cual se erige en un parámetro para

(5) Méndez Acosta, Segundo J, "Consumidores hipervulnerables. A propósito de la resolución 139/2020", LA LEY, 16/06/2020, 16/06/2020, 7, La Ley online: TR LALEY AR/DOC/1962/2020.

controlar la validez —y la interpretación— de las normas infraconstitucionales (6).

Sobre el punto, Rosales Cuello y Marino señalan: “Como garantía del ciudadano frente al Estado, la tutela judicial efectiva conlleva el indelegable deber de aquel de remover todo obstáculo irrazonable que impida el real e igualitario acceso de los ciudadanos a los tribunales, y el aseguramiento de la eficacia de estos últimos a la hora de prestar el servicio de justicia que cumpla los presupuestos básicos que le son encomendados: remover el conflicto y mantener o restablecer la paz quebrantada o amenazada de quebrantarse” (7).

En este marco, según Rosa Ávila Paz de Robledo, “...cobra importancia superlativa la tutela procesal diferenciada de las personas en situación de vulnerabilidad. Ello, a los fines de resguardar la igualdad material o real en el marco de las garantías judiciales” (8).

Concretamente, las tutelas procesales diferenciadas han tenido, a lo largo de los últimos años, un gran desarrollo doctrinario y pretoriano, ante la creciente concientización de la magistratura y los autores, respecto de la existencia

(6) Confr. ROBLED, Miguel, "El Desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en la República Argentina", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto - AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (Coordinadores), "El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", publicación del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Ed. Triángulo, Santiago de Chile, 2017, p. 154 y ss.

(7) ROSALES CUELLO, Ramiro - MARINO, Tomás, "Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?", LA LEY, 16/09/2014, 16/09/2014, 1 - LA LEY, 2014-E, 880, La Ley online: TR LALEY AR/DOC/3211/2014.

(8) ÁVILA PAZ DE ROBLED, Rosa, "Las garantías y protección judicial de las personas en estado de vulnerabilidad con enfoque de derechos humanos frente a la Pandemia y Post Pandemia COVID-19", en el capítulo "La Justicia y las personas en condiciones de vulnerabilidad frente a la pandemia y post pandemia COVID-19", en el marco de la obra colectiva El Derecho Argentino frente a la pandemia y post-pandemia COVID-19, Tomo III, Director Guillermo Barrera Buteler, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 2020, p. 192.

de grupos vulnerables que necesitan de una protección procesal que reestablezca el equilibrio perdido en la ya mencionada sociedad de consumo. Es que el fundamento de la existencia de tutelas diferenciadas radica en la necesidad de dar tratamiento diverso a materias que por su carácter protectorio lo justifican a los fines de lograr una efectiva tutela de los derechos en juego.

Siguiendo a Berizonce, la tutela procesal diferenciada puede materializarse a través de técnicas orgánico-funcionales encaminadas a tal fin, como la creación de fueros especializados, con órganos específicos o bien, mediante técnicas netamente procesales con el fin tuitivo, entre los cuales se destaca el “acceso irrestricto a la jurisdicción” (9).

En esta línea, se ha encaminado la reciente sanción en marzo del corriente año 2021, de la ley 6407, cuya versión taquigráfica de la sesión legislativa da cuenta de que expresamente se tuvo en cuenta que “la manda de la ley fundamental, en razón de la dinámica de los mercados y de los fenómenos del consumo, las múltiples relaciones que esto genera y las necesidades fundamentales que son cubiertas mediante la adquisición de bienes y servicios, se enrola las modernas corrientes que abren el juego a soluciones distintas para el procedimiento judicial y también distintas del procedimiento judicial a la hora de resolver conflictos, estableciendo las bases del derecho de acceso a la justicia en materia de consumo, y poniendo en cabeza del Estado el deber de crear los mecanismos lo posibiliten” (10). Así, en dicha sesión se concluyó, en línea que compartimos, que “...la existencia de instrumentos efectivos para la defensa de los derechos hace a su plena vigencia y ejercicio. Sin estos, los derechos constitucionales serían un auténtico catálogo de ilusiones. Esto no es solo una afirmación dogmática sino imperativa para el legislador y para el magistrado”.

(9) Berizonce, Roberto, “Técnicas orgánico -funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas” en Revista de derecho procesal - 2009-1: Tutelas procesales diferenciadas II, Rubinzal Culzoni, 2009, Santa Fe, p. 35.

(10) Versión taquigráfica de la sesión legislativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 11/03/2021 disponible en <https://www.legislatura.gov.ar/seccion/versiones-taquigraficas.html> (consulta: 30/07/2021).

Morello (11) y Berizonce (12) destacan que es la aparición de derechos materiales privilegiados en su tratamiento sustantivo, la que determina el surgimiento de procesos “bonificados” para sus titulares. El trato preferencial en lo sustancial es entonces lo que ha generado también la necesidad de adaptar los procedimientos al fin tuitivo de la legislación fondal y constitucional.

Así pues, la incorporación de los derechos de los consumidores —tanto individuales como de incidencia colectiva— al elenco de garantías consagradas en la Constitución Nacional (en el caso en el art. 42), le ha dado sin dudas, una fuerza jurídica trascendente y los reconoce como integrantes de un programa de gobierno que protege a los más débiles del mercado. Esta jerarquización constitucional, claramente le otorga una peculiaridad que justifica la readecuación de los procesos a los fines de cumplir con el fin de su constitucionalización, esto es, con su efectiva protección.

De este modo, nos encontramos frente a un derecho material privilegiado, que justifica el apartamiento de las reglas clásicas a los fines de dar un acabado cumplimiento a la manda constitucional. Es este entonces, el primer y principal argumento para la elaboración de un sistema procesal diferenciado, con reglas y principios propios, que tenga como eje de tuición al consumidor a lo largo de todo el devenir del proceso judicial.

La condición de vulnerabilidad del justiciable justifica sin dudas, que el Tribunal deba apartarse, en numerosas situaciones, de las matrices clásicas vigentes, por cuanto deberá adoptar soluciones, procedimentales y en la resolución final, que muchas veces signifique romper con los moldes tradicionales del derecho procesal, aunque —claro está— sin afectar la garantía del debido proceso de las partes (13).

(11) Morello, Augusto, “Qué entendemos en el presente, por tutelas procesales diferenciadas” en Revista de derecho procesal - 2008-2: Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal Culzoni, 2009, Santa Fe, p. 18.

(12) Berizonce, Roberto, ob. cit., p. 39.

(13) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El debido proceso de la garantía constitucional”, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003.

Bajo esta perspectiva, dicho trato preferencial se presenta como una herramienta procesal de salvaguarda para el más débil de la relación jurídico procesal, encontrando, en el caso del consumidor, su consagración normativa expresa en el art. 3° de la ley 24.240, que establece la interpretación más favorable al consumidor y cuyos alcances serán analizados más adelante.

Conforme lo hasta aquí dicho, no cabe más que concluir que efectivamente, existe una tutela procesal diferenciada a favor de los consumidores que en muchos casos encuentra sustento en la norma en concreto y, en otros, por vía interpretativa debe ser efectivizada por los Magistrados al tramitar y resolver los conflictos en que se encuentre en juego la tutela de los usuarios.

A la luz de lo expuesto, analizaremos una de las herramientas procesales con las que cuenta el Tribunal para cumplir su cometido y que se encuentra expresamente regulada en el art. 36 de la LDC.

V. La competencia territorial en el ámbito consumeril

Tal como explicitamos precedentemente, una de las facetas de la tutela procesal diferenciada gira en torno a la regla de competencia territorial.

V.1. Cuestiones generales

De la letra del art. 53 de la LDC, surge como primera pauta, que el juez competente para entender en todo proceso en el que se debatan derechos derivados de una relación de consumo es el juez ordinario —y no federal—, de la jurisdicción de que se trate. Es que, desde el punto de vista de la materia, se encuentra involucrado derecho común en los términos del art. 75, inc. 12 de la CN.

Por su parte, en principio, la competencia por la materia será civil y comercial, a menos que se trate de recursos contra sanciones administrativas (impuestas por la Autoridad de aplicación), en cuyo caso, también podrían ser recurrible ante el fuero Contencioso Administrativo, según lo que determine la normativa procesal. Todo ello, claro está, salvo que en la jurisdicción local exista un fuero para las relaciones de consumo,

como ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de la sanción de la ley 6407, en marzo del año 2021.

A partir de dicha ley entonces, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los procesos deben iniciarse ante la Justicia en las Relaciones de Consumo, siendo para el proveedor, improrrogable dicha competencia atribuida por la norma (art. 3° del Anexo A de la ley). En las provincias, la mayoría de los jueces son civiles y comerciales, y consecuentemente, tienen competencia para entender en las acciones nacidas de la relación de consumo.

En cuanto a la competencia territorial, encontramos como regla general en la ley nacional, la posibilidad de declarar abusiva una estipulación contractual que importe prórroga de competencia conforme lo prescripto por el art. 37, inc. b de la Ley de Defensa del Consumidor. Y como pauta especial, para las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo (capítulo VIII de la ley), se consagra otra regla más contundente, respecto a la nulidad de la prórroga.

V.2. La regulación en la Ley de Defensa del Consumidor

El tópico de referencia se encuentra previsto en art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, ubicado metodológicamente en el capítulo VII, “De las operaciones de venta de crédito”.

De la lectura de su texto —conforme surge del art. 58 de la ley 26.993 (B.O. 19/09/2014)—, se desprenden diversos criterios atributivos de competencia territorial, adoptando como criterio de distinción según que el sujeto activo del proceso sea el consumidor o el proveedor.

Por un lado, establece: “Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de este, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía”.

Por otro lado, dispone: "En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

En consecuencia, si quien demanda es el consumidor, este podrá optar por las diversas alternativas que le concede el ordenamiento tuitivo; caso contrario, si es el proveedor quien acciona, solo podrá hacerlo en la sede del domicilio real del consumidor. El fundamento de la norma se encuentra en la necesidad de dejar sin efecto los pactos de prórroga de competencia, generalmente dispuestos en contratos de adhesión, en los que el consumidor no tiene opción de modificar cláusula alguna, y que solo benefician a los proveedores que lo imponen ante el domicilio de su sede.

V.3. La regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) habilita la prórroga de modo expreso en el art. 78, que reza: "Efecto. El domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. La elección de un domicilio produce la prórroga de la competencia". La prórroga de competencia entonces será perfectamente válida en contratos "paritarios" celebrado entre partes en igualdad de condiciones de negociación, pero su validez se restringe cuando se incorpora en negocios celebrados por adhesión a condiciones generales, y en especial, en los contratos de consumo.

Stiglitz (14) hace tiempo destaca que debe existir una mayor participación del Estado en el proceso de formación de la voluntad negocial de los consumidores cuando las desigualdades entre los hombres demuestran que la libertad no es real, ni completa, sino que al imperar el más fuerte, el derecho se debía valer de una nueva concepción solidarista que restableciera el equilibrio social para asegurar la libertad a los sectores de nuestra sociedad.

(14) STIGLITZ, Gabriel, "La Protección del Consumidor y las Prácticas Abusivas. Realidad y perspectiva en la Argentina", DJ, 1992-1, 737.

En materia de consumo, el art. 1109 del Cód. Civ. y Com. dispone que, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación, y aclara que ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato; por último, expresamente dispone que "la cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita".

V.4. Lineamientos previstos en la res. 53/2003 de la Secretaría de Competencia de la Nación

Finalmente, existe una regulación específica sobre la materia, esto es, la res. 53/2003 de la Secretaría de la Competencia (BO 24/04/2003), conforme a la cual enuncia un listado de cláusulas consideradas abusivas, entre las que se encuentran aquellas que impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando "se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato".

VI. Ámbito de aplicación

En lo que respecta al sentido y alcance de la regla legal en análisis (art. 36, LDC), advertimos diversas interpretaciones posibles.

Por un lado, una tesis restrictiva que, sobre la base de la interpretación sistemática del precepto legal, circunscribe su aplicación a las operaciones de financiamiento.

Por otro lado, una tesis amplia que, atendiendo a una interpretación teleológica de la norma, propicia que se aplique toda vez que esté involucrado el plexo consumeril, independientemente que se trate de una operación de financiamiento.

De las diversas posturas, nos inclinamos por la tesis amplia (15), teniendo en cuenta el prin-

(15) En el ámbito doctrinario, inclinándose por la tesis amplia, se ha expresado que "dado el carácter tuitivo de la LDC, a más de que así se dispone expresamente en

cipio de interpretación más favorable al consumidor, el principio protectorio y, en definitiva, su interpretación conforme al bloque de constitucionalidad federal (art. 18, 42, 75 inc. 22, CN y arts. 8° y 25, Convención Americana de Derechos Humanos), tesitura que, por cierto, fortalece el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

En esta línea, el Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 164 establece la regla general relativa a que, en todas las acciones individuales de consumo es competente el juez del domicilio real del consumidor, siendo nulo todo pacto en contrario y que, si el accionante es el consumidor, puede optar por otras opciones contenidas en el mencionado precepto.

VII. Presupuestos de aplicación

Desde nuestra perspectiva, la aplicación de la regla de competencia territorial en análisis requiere examinar dos presupuestos.

VII.1. Presupuesto sustancial

El primer presupuesto que calificamos como sustancial, apunta a la configuración de una relación de consumo, aun cuando se trate de una valoración provisoria y *prima facie* en los supuestos que sea practicada en la etapa introductoria del proceso.

A tales fines corresponde examinar las circunstancias de autos a la luz del marco normativo consumeril (art. 42 de la CN, arts. 1°, 2° y 3° de la Ley de Defensa del Consumidor, art. 1092 y cc. del Cód. Civ. y Com.), para determinar si los sujetos involucrados encuadran en la noción de proveedor y consumidor.

Al respecto, cabe señalar que, si bien es cierto que la cuestión podría encontrar cierta complejidad en el marco de proceso de ejecución

el art. 36 —a pesar de que sólo sea para el caso de operaciones de venta a crédito—, y como consecuencia del in dubio pro consumidor, creemos que debe ser la del domicilio del consumidor en todos los casos" (Junyent Bas, Francisco - Garzino, María Constanza - Rodríguez Junyent, Santiago, "Cuestiones Claves de Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial", Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 235).

[v.gr. ejecuciones hipotecarias (16), ejecuciones prendarias (17), —incluso secuestro prendario (18)—, cobro de saldo de cuenta corriente bancaria (19), pagaré de consumo (20)], también es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha permitido inferir indiciariamente la relación de consumo.

En esta línea, el Alto Cuerpo Nacional ha expresado: "En dicho contexto y dadas las particulares circunstancias del caso (actividad comercial de la accionante, que el deudor sea una persona humana y el monto reclamado) resulta de aplicación el artículo 36 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361), en cuanto prevé la competencia de los jueces del domicilio del demandado en las operaciones vinculadas a un crédito para el consumo, norma que prevalece más allá de la naturaleza del instrumento en que se funda la demanda" (21).

En otras palabras, la calificación de la relación de consumo es posible inferirla indiciariamente

(16) CSJN, C. 910. XLV. COM, "Sociedad Militar Seguro de Vida Institución Mutualista c. Marino Gabriel Pablo s/ Ejecución hipotecaria", 10 de diciembre de 2013.

(17) CSJN, Fallos: 331:748, "Escobar Aldo Roberto y otros c. Círculo de Inversores SA de Ahorro para fines determinados s/ ordinario", 8 de abril de 2008.

(18) CSJN, Fallos: 342:1004, "HSBC Bank Argentina SA c. Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario", 11 de junio de 2019.

(19) CSJN, Competencia CSJ 688/2017/CS1, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Carpano Carlos Antonio s/ cobro ejecutivo", 6 de marzo de 2018. Allí, la Corte sostuvo que "...resulta con prístina claridad que el negocio jurídico concertado entre las partes -contrato de cuenta corriente bancaria- en virtud del cual se ha emitido el certificado de saldo deudor base de esta ejecución, queda comprendido en la descripción contenida en la norma bajo análisis, toda vez que importa una operación financiera de crédito para consumo, al tiempo que las partes intervinientes coinciden con la formulación normativa que corresponde a los sujetos (consumidor y proveedor, respectivamente) de la relación de consumo (arts. 1°, 2° y 3° ley 24.240, texto según ley 26.361)".

(20) CSJN, C. 577. XLVII. COM, "Productos Financieros SA c. Ahumada Ana Laura s/ Cobro ejecutivo", 10 de diciembre de 2013.

(21) CSJN, Competencia COM 6155/2018/CS1, "Administración Marymar SA c. Marchan Roberto Orlando s/ ejecutivo", 01 de octubre de 2019. Aquí, la Corte hace uso del dictamen de la Procuración General de la Nación.

te de las constancias obrantes en la causa, a la luz de las calidades personales de las partes, el monto reclamado, pudiendo también contemplarse otros aspectos tales como la cantidad de juicios ejecutivos promovidos, máxime cuando el accionante no sea una entidad financiera, sino una persona humana.

Consideramos que, en caso de duda sobre si se verifica la relación de consumo, a la luz del principio *in dubio pro consumidor* (art. 3º, LDC), corresponde inclinarse a favor de su configuración (22).

Lógicamente, en el caso que no concurra el presupuesto sustancial, ya sea por la ausencia de un proveedor y/o consumidor, será inaplicable la regla de competencia territorial (art. 36, LDC) (23).

VII.2. Presupuesto de hecho

Complementando lo anteriormente expuesto, resulta preciso indagar en el presupuesto de hecho de la norma en análisis, referido al domicilio del consumidor.

El principio general es que hay que estar a las circunstancias existentes al momento del inicio del proceso judicial (24).

(22) Confr. FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario". Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, 4ª edición, p. 69.

(23) En este sentido, si bien existen precedentes en los que se ha rechazado la indagación causal o la declaración de incompetencia, ello resultó de situaciones en las que no se encontraba acreditada la existencia de la relación de consumo, por no existir proveedor o consumidor, por ejemplo, y en minoría en base a criterios tradicionales fundados en el derecho de los títulos de crédito estrictamente. CNCom., sala E, 13/08/2013, Centro Integral de la Maquinaria Herramienta SA c. Manufacturas Integrales Baldoni SRL s/ ejecución prendaria, AR/JUR/61083/2013. CNCom., sala A, 11/02/2014. Industrial And Comercial Bank Of China (Argentina) SA c. C.E.F. s/ secuestro prendario, en Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, ALEGRIA, Héctor - MANÓVIL, Rafael - MARZORATI, Osvaldo - RIVERA, Julio C. - ROULLION, Adolfo (directores), Año V, Número 4, agosto de 2014, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 118 y ss. Resolución dictada en el marco de una ejecución prendaria.

(24) En esta línea, se ha expresado que, a los fines de la determinación del Tribunal competente "...debe estar-

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que, en determinadas hipótesis excepcionales puede operar el cambio de domicilio (25) del consumidor de modo sobreviniente al inicio del juicio.

Sobre el punto, recientemente la Procuración General de la Nación se ha inclinado por la aplicación del art. 36 de la LDC y el desplazamiento de la competencia hacia el nuevo domicilio del consumidor (26), con miras a resguardar el derecho de defensa en juicio.

VIII. Efectos de la aplicación

Prosiguiendo el análisis, la aplicación de la regla de competencia territorial, no solo puede

se al estado de hecho existente al tiempo de ser incoado el proceso" (Palacio, Lino E. - Alvarado Velloso, Adolfo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988, Tomo 1, p. 56).

(25) El cambio de domicilio es una cuestión de hecho que, conforme lo dispuesto por el art. 77 del CCyCN requiere la concurrencia de dos elementos: a) uno de tipo objetivo, consistente en el traslado físico a la nueva residencia "corpus" y; b) otro de corte subjetivo, vinculado con la intención o el ánimo de permanecer allí "animus" (Confr. Saux, Edgardo Ignacio, comentario al artículo 77, en Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo 1, p. 357; Pereira, María Victoria, "Comentario al artículo 77", en Rivera, Julio César - Medina, Graciela, Directores, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo 1, p. 282; Tobías, José W., "Comentario al artículo 76", en Alterini, Jorge H., director, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo 1, ps. 750 y 751, entre otros).

(26) Procuración General de la Nación, "CSJ 363/2021/CSQ, Pilman SA c. Britez, Omar Alejandro s/ cobro ejecutivo", dictamen de fecha 06 de agosto de 2021. En las citadas actuaciones, el representante del Ministerio Público resaltó que "...teniendo en cuenta que el domicilio real del demandado corresponde a la justicia de esta ciudad conocer en la causa. En tales condiciones, es necesario agregar que no obsta a la solución propuesta el estado procesal de la causa —se dictó sentencia sobre el fondo y se encuentra en etapa de ejecución—, ni que haya mediado notificación al consumidor demandado de las decisiones judiciales adoptadas, ya que su conducta procesal se vincula estrechamente con la efectiva aplicación del artículo 36 mencionado, que posee una finalidad tuitiva de sus derechos de defensa en juicio (dictámenes de esta Procuración General en autos COM 23620/2016/CS1, "Crédito para Todos SA c. Díaz, Fernando s/ ejecutivo", del 5 de abril de 2017, y COM 4195/2017/CS1, "Forma Crédito SA c. López, Luis Alejandro s/ ejecutivo", del 9 de mayo de 2017)".

conducir a la declaración de incompetencia del Tribunal interviniente, sino que, estrechamente vinculado con ello, puede abrir las puertas a la declaración de nulidad de la cláusula de prórroga de competencia en perjuicio del consumidor, tal como se desprende del marco legal y reglamentario anteriormente citado (art. 36, LDC y res. 53/2003 de la Secretaría de Competencia de la Nación).

Dentro de este orden de ideas, es dable traer a colación las conclusiones aprobadas por unanimidad en la Comisión N° 8 “Protección del Consumidor de Servicios Financieros y Bursátiles”, en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en el año 2015. Allí, se precisó que “[l]as cláusulas de prórroga de competencia territorial en contra del consumidor son nulas, porque el orden público de protección se establece en su beneficio y no pueden hacerse valer en su contra” y que “[l]as opciones enunciadas en el art. 36, último párrafo, concede al consumidor en cuanto a la competencia nacen al momento de entablar el reclamo y/o iniciar la demanda judicial y son irrenunciables”.

Indudablemente, tal como ha remarcado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, el fundamento legal apunta a “...la protección de la parte más débil de la relación contractual y respecto a la que el legislador ha considerado en inferioridad de condiciones: el consumidor o usuario, pues en la mayoría de los casos debe aceptar la imposición de ciertas cláusulas, sobre todo en los contratos de adhesión”, puntualizando que “[l]a finalidad tuitiva de esa norma es concretamente evitar que se obligue al consumidor a someterse a cláusulas abusivas que de algún modo limiten el ejercicio de acciones, recursos y derechos mejorando la situación del proveedor o prestador” (27).

(27) TSJ de Córdoba, Auto N° 94 de fecha 05/11/2018, “Cetrogar SA c. Zárate, Daniel Alberto - Presentación múltiple - Ejecutivos particulares - Cuestión de competencia”, Expte. SAC n.º 6025717. Con anterioridad, se había sostenido que “El fundamento reside en que, litigar en extraña jurisdicción puede significarle al consumidor, por razones económicas, de distancia o de desconocimiento del medio, una limitación en sus derechos (art. 37 inc. b ley 24.240), concretamente en sus derechos de defensa y al acceso a la justicia. La abusividad de un pacto que obligue al consumidor a litigar fuera de su do-

Se trata de una regla que, por cierto, también reconoce antecedentes en el derecho comparado externo, tal como ocurre con la Ley General para la Protección de los Consumidores de España (28).

IX. Aspectos procesales

A continuación, nos enfocaremos en los aspectos procesales que asumen importancia.

IX.1. La declaración de incompetencia de oficio

En primer lugar, es pertinente subrayar que la regla de competencia territorial en el ámbito consumeril reviste el carácter de orden público (art. 65, LDC), motivo por el cual justifica la de-

micilio, es presumida por la ley porque las partes no se encuentran en un plano de igualdad, ni menos aún existe una verdadera voluntad negociada, sino que más bien se impone el contenido contractual como un todo cerrado por parte de quien la ley presume detenta superioridad -económica y técnica” [TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, Sentencia N° 155 de fecha 23/08/2012, “Banco Hipotecario SA c. Aguirre, María Celia y otra —Ejecución hipotecaria— Recurso directo (B 12/10)”].

(28) El art. 82, “Concepto de cláusulas abusivas”, en el apartado 4º), dispone que “No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: (...) inc. f) “contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”. A su vez, el art. 90, “Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable”, establece que “Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. 3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza”. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ministerio de la Presidencia «BOE» núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. Referencia: BOE-A-2007-20555. Texto consolidado: última modificación 28 de abril de 2021. Texto completo disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-20555-consolidado.pdf> (consulta: 30/07/2021).

claración de incompetencia de oficio por parte del Tribunal (29).

En esta línea, la falta de aplicación de oficio del precepto contemplado en el art. 36 última parte de la LDC implicaría anular por completo su aplicabilidad en los juicios ejecutivos y, por lo tanto, dejar sin efecto la tutela consumeril allí contemplada para una gran porción de los conflictos de consumo: los mutuos dinerarios. Así, se estaría fallando en contra de la protección del derecho de consumo que expresamente ha regulado el constituyente en la reforma del 94 y en un supuesto caso "dudoso", se practicaría una interpretación en contra del consumidor, por lo tanto, en contra de la propia normativa que establece el principio *pro consumidor* (30).

Un párrafo aparte merece la cuestión relativa a la oportunidad procesal para la declaración de incompetencia de oficio.

De la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desprende que resulta "irrelevante el estado procesal" de la declaración de incompetencia (31), admitiéndose en la etapa introductoria del proceso e, incluso, con

(29) De tal modo, se aparta del criterio general consagrado en los códigos procesales que, precisamente, vedan la declaración de incompetencia de oficio por razón del territorio. En este sentido, el art. 4 "in fine" del CPCCN dispone que "En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procederá la declaración de incompetencia de oficio, fundada debido al territorio". Con apoyo en el citado precepto legal, la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puso de relieve que "Es improcedente la incompetencia decretada de oficio por el juez que previno en la ejecución de un pagaré, con fundamento en que el juicio correspondería al juez del domicilio del deudor según el art. 36 de la ley 24.240 —por ser el demandado un 'consumidor'—, pues, tratándose de asuntos exclusivamente patrimoniales, la facultad de declinar de oficio la competencia en razón del territorio se encuentra restringida en forma expresa por el art. 4, 3º párrafo del Código Procesal, ya que la jurisdicción puede ser prorrogada por las partes —art. 1, segundo párrafo del Cód. de Rito—..." (CSJN in re "Compañía Financiera Argentina SA c. Toledo, Cristian Alberto" del 24/08/2010, La ley del 7 de septiembre de 2010, p. 6 —del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo—).

(30) RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, "¿La muerte del juicio ejecutivo en manos del derecho de consumo?", eDial.com - DCICAD.

(31) CSJN, Competencia COM 6469/2016/CS1, "Sol Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Ltda. c.

posterioridad al dictado de la sentencia. Ello, claro está, sin perjuicio que, a los fines de resguardar el derecho al plazo razonable (art. 8.1, CADH), corresponde que el Tribunal examine su propia competencia en el estado embrionario del proceso.

IX.2. La excepción de incompetencia

En segundo lugar, más allá del control inicial de la competencia a cargo del Tribunal, la parte demandada cuenta con la posibilidad de promover una excepción de incompetencia, oportunidad en la cual se puede profundizar en cuestiones relativas a la configuración de la relación de consumo.

IX.3. La legitimación recursiva del Ministerio Público Fiscal

En tercer lugar, tratándose de una cuestión que involucra el orden público (art. 65, LDC), se ha reconocido la legitimación recursiva del Ministerio Público Fiscal toda vez que se incumpla en un caso concreto la correcta aplicación del art. 36 de la LDC.

En nuestro criterio, la participación del Ministerio Público fortalece la correcta aplicación de la regla de competencia territorial, máxime en las hipótesis en los cuales la parte demandada se encuentre rebelde.

En esta línea, calificamos como valiosos y positivos los lineamientos jurisprudenciales sentados por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba asumiendo una postura favorable a la legitimación recursiva del Ministerio Público Fiscal en esta materia (32).

IX.4. El destino del expediente

En cuarto lugar, para la hipótesis que el Tribunal resuelva la declaración de incompeten-

Duguet, Patricia del Carmen s/ ejecutivo", 02 de julio de 2019.

(32) TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, Auto N° 108 de fecha 25 de junio de 2020, "FH S.H. c. Chávez, Germán Leonardo - Presentación Múltiple - Ejecutivos particulares - Recurso Directo - Expte. N° 8288190"; TSJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, Auto N° 114 de fecha 25 de junio de 2020, "Credinea SA c. Saluzzo, Yésica Fabiana - Ejecutivo - Recurso Directo - Expte. N° 8117781".

cia, corresponde abordar otro aspecto relativo al destino del expediente.

La cuestión asume importancia cuando el Tribunal que resulte competente corresponda a otra jurisdicción toda vez que, en determinados códigos procesales, tal circunstancia conduciría al archivo de las actuaciones (33).

Al respecto, compartimos la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en oportunidad de resolver conflictos de competencia entre Tribunales de distinta jurisdicción, en el marco de un caso que procuraba el cobro de los denominados pagaré de consumo, puso de relieve que "...que si bien el artículo 354, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé el archivo del expediente en el caso de que el tribunal considerado competente sea de distinta jurisdicción, esa norma no puede extenderse más allá de aquellos supuestos en que sea admisible ponderar inválido lo actuado ante el juez en principio competente, aunque luego haya perdido esa aptitud (Fallos: 316:331, 'Rotundo de Taselli'; 330:1389, 'Cocha'; entre otros), circunstancia esta última que no ha sido referida por el juez de corrientes en oportunidad de pronunciarse sobre el rechazo de la radicación de la causa ante su jurisdicción" (34).

A la luz de lo expuesto, el Alto Cuerpo Nacional dispuso que la causa prosiga su trámite por ante el Tribunal que consideraba competente.

X. Nuevas proyecciones de la vulnerabilidad y la competencia territorial

Por último, advertimos que los obstáculos para el acceso a la justicia pueden estar presentes no solo en los consumidores, sino también

(33) En esta línea, se enrola el CPCCN (art. 354 inc. 1); CPCC de Córdoba (arts. 1 y 188 inc. 1), CPCC de Buenos Aires (art. 352 inc. 1), entre otros.

(34) CSJN, Competencia CSJ 1072/2019/CS1, "Confina Santa Fe SA c. Trindades, Alfredo s/ ejecutivo", 21 de noviembre de 2019. Aquí, la Corte hace suyo el dictamen de la Procuración General de la Nación. En las citadas actuaciones se había suscitado un conflicto de competencia entre los Tribunales de la Provincia de Corrientes y la Provincia de Entre Ríos.

en otros sujetos que también se encuentren en condiciones de vulnerabilidad (35).

En este sentido, vale destacar que, la regulación nacional respecto de la existencia de cláusulas abusivas y en particular de las relacionadas con la prórroga de competencia, no se agota en la protección de los consumidores.

De tal modo, al regular los contratos por adhesión, en el art. 988, inc. b) del Cód. Civ. y Com., estipula que será una cláusula abusiva la que "importa renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias", dentro de la que se encuentra la de prórroga de jurisdicción a un domicilio distinto al real del adherente.

Por ello, coincidimos con Paolantonio (36), la prórroga de jurisdicción es sustancialmente lesiva en la contratación predispuesta, aun fuera del ámbito de la tutela del consumidor y ello justifica y requiere la actuación de oficio del juez.

Ahora bien, la compleja realidad social actual, ha dejado en evidencia la existencia de grupos que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta. Los operadores jurídicos se han referido a esos colectivos sociales como subconsumidores, consumidores particularmente frágiles o consumidores hipervulnerables (37). Se plantea así entonces, acentuar la

(35) Al respecto, en anterior oportunidad, hemos resaltado que existe un vínculo inescindible entre la competencia territorial y el acceso a la justicia, puntualizando que "...la tarea relativa a la determinación de la competencia territorial, en los supuestos en los cuales se encuentren involucrados "sujetos en condiciones de vulnerabilidad (ej. discapacitados, niños, ancianos, entre otros), debe procurar el conocimiento y decisión del caso al magistrado más cercano, para los fines de fortalecer el acceso a la justicia" [ROBLED, Miguel, "Control de convencionalidad y el Ministerio Público. A propósito de su actuación en los fueros civil, comercial y laboral", Revista Jurídica Thomson Reuters - La Ley, Año II, N° 57, 3 de febrero de 2014, Lima (Perú), ps. 26 y 28].

(36) PAOLANTONIO, Martín, "Monólogo de fuentes: el caso del pagaré de consumo", LA LEY, 20/05/2015.

(37) Frustagli, Sandra A., "Suboconsumidores o consumidores especialmente vulnerables: hacia la atenuación del principio protector", en "Protección jurídica de

protección de dichas personas que se encuentran en estado crítico de vulnerabilidad.

De la aplicación de tales conceptos al tema que nos ocupa, relativo a la improrrogabilidad de la competencia, advertimos que, en el caso de los consumidores, la protección no se intensifica por la existencia de un consumidor hipervulnerable. Ello, por cuanto la regla de la ley 24.240, aplicable a todos los consumidores, resulta clara y contundente sobre la nulidad de cualquier cláusula que importe prórroga de competencia.

Sin embargo, nos lleva a la consideración de los casos en los que se encuentren involucrados sujetos en condición de vulnerabilidad (v.g. art. 75, inc. 23 de la CN) y, concretamente, tomando como indicadores —no taxativos— los enunciados en el art. 2° de la res. 139/2020 emanada de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

Es que, no todos los consumidores son hipervulnerables y no todos los hipervulnerables son consumidores. En este sentido, pueden existir derechos que no estén alcanzados por las normas tuitivas de la ley 24.240 y que merezcan una especial atención por parte del derecho, atento el carácter de hipervulnerable del justiciable. Y la competencia, en cuanto regula la posibilidad de acceder a la justicia con mayor facilidad, es un tema trascendente para permitirle a cualquier sujeto hipervulnerable, una digna discusión en sede judicial.

En esta línea, si bien el legislador no ha previsto extender el alcance del art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor para hipótesis diversas a la materia consumeril, consideramos que la presencia de atributos de vulnerabilidad —o hipervulnerabilidad— podrían erigirse en variables relevantes para examinar el ejercicio abusivo de un derecho (art. 10, Cód. Civ. y Com.), máxime cuando se trate de contratos por adhesión con condiciones generales.

En otras palabras, propiciamos que, a los fines de examinar el carácter abusivo de una cláusula de prórroga de competencia en el marco de

un caso concreto se contemplen como variables relevantes, por un lado, desde el punto de vista objetivo, la modalidad de contratación —y que corresponda a los contratos por adhesión a condiciones generales— y, por el otro lado, desde el punto de vista subjetivo, la vulnerabilidad (o hipervulnerabilidad) de los sujetos cuyos derechos pudieran estar involucrados.

Al respecto, el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo de la Nación con fecha 23 de septiembre de 2019 (MEN-2019-178-APN-PTE), a los fines de la aprobación de un nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, facultada al Tribunal para examinar la abusividad de la cláusula de prórroga de competencia territorial en los casos de contratos por adhesión, con condiciones generales y cuando se trate de consumidores (art. 51) **(38)**.

Por último, consideramos que la intervención del derecho auxilio de los más débiles resulta una exigencia axiológica derivada del valor justicia y constituye expresión cabal del principio pro homine, en tanto piedra basal de los derechos fundamentales **(39)**. Los más débiles entonces, merecen especial atención de los operadores del derecho que pretendan una sociedad un poco más justa y humana, que tenga en cuenta a la persona como centro del ordenamiento jurídico.

Es por ello por lo que coincidimos con Ciuro Caldani cuando señala que el régimen es justo cuando toma a cada individuo como un fin y no como un medio **(40)**.

(38) El art. 51, "Acuerdo en materia de competencia. Prórroga territorial expresa y tácita", dispone que "La prórroga se podrá pactar en forma expresa. Aún antes de dar traslado de la demanda, el juez de oficio puede declarar abusivo el acuerdo sobre competencia y declararlo ineficaz. No será válido el acuerdo expreso contenido en contratos de adhesión, con condiciones generales impuestas por una de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios, excepto cuando se haga con respecto a tribunales con competencia exclusiva para conocer del asunto de que se trate...".

(39) Alterini, Atilio, "El principio pro nomine", en "Responsabilidad Civil y Seguros", Ed. Rubinzal Culzoni, Nro. 2011-II.

(40) Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Compresión filosófica de la vulnerabilidad", en "Protección Jurídica

los subconsumidores, coord. por María Paula Arias - Liliana Aía Beatriz Urrutia, Ed. Juris, Rosario, 2017, p. 42.

XI. Conclusiones finales

A modo de cierre, formulamos las siguientes conclusiones:

1. Los consumidores y usuarios constituyen sujetos en condiciones de vulnerabilidad que, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, pueden agravarse, dando lugar a la categoría de consumidores hipervulnerables.

2. La doctrina de la tutela procesal diferenciada se erige en un vehículo para materializar el principio de igualdad de sujetos que se encuentran en una situación de desequilibrio.

3. Una proyección específica de la tutela procesal diferenciada radica, precisamente, en la regla de competencia territorial en el domicilio del consumidor.

4. Nos inclinamos por la tesis que propicia el ámbito de aplicación amplio de la regla de competencia territorial —art. 36, LDC—, como se encuentra emplazada en los recientes anteproyectos de reforma.

de los subconsumidores", coord. por María Paula Arias y Liliana Aída Beatriz Urrutia, Ed. Juris, Rosario, 2017, p. 34.

5. Desde el punto de vista sustancial, resultan abusivas las cláusulas que modifican la regla de competencia territorial en perjuicio del consumidor.

6. Desde el punto de vista procesal, la regla de competencia territorial reviste el carácter de orden público y, por tanto, puede ser ejercitada de oficio por el Tribunal.

7. Consideramos que, encontrándose involucrada una cuestión de orden público, por el instituto de la competencia y por el ámbito consumeril, previo a resolver el Tribunal debe dar intervención al Ministerio Público Fiscal, órgano que, en su caso, cuenta con legitimación recursiva para recurrir la decisión sobre la competencia —tanto en las instancias ordinarias, cuanto extraordinarias—.

8. Propiciamos que, al margen de las hipótesis de conflictos consumeriles, a los fines de examinar el carácter abusivo de una cláusula de prórroga de la competencia contemple dos variables relevantes, por un lado, desde el punto de vista objetivo, la modalidad de contratación —y que refiera a contratos por adhesión a condiciones generales— y, por otro lado, desde el punto de vista subjetivo, la situación de vulnerabilidad (o hipervulnerabilidad) de las personas cuyos derechos pudieran estar involucrados.

La tutela diferenciada para sectores vulnerables en el proceso cautelar frente al Estado nacional

José Ignacio López (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La tutela de los sectores socialmente vulnerables en la ley 26.854: la cláusula de la vida digna.— III. El tratamiento procesal diferenciado.— IV. Evaluaciones sobre la previsión legal.— V. Una mirada de cierre.

I. Introducción

El propósito de esta nota es ofrecer un breve análisis sobre el tratamiento que la Ley Nacional de Medidas Cautelares Frente al Estado (1) confiere a los sectores vulnerables y la tutela procesal diferenciada (2) que les brinda a aquellos.

En ese sentido, este trabajo transitará por la descripción de una norma fundamental en el régimen cautelar frente al Estado: la llamada cláusula de la vida digna (3). Dicha estipulación,

(*) Abogado (UNLP). Docente de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Director del portal jurídico "Palabras del Derecho".

(1) Ley Nacional 26.854, publicada en el Boletín Oficial del 30/04/2013.

(2) Se trata —en palabras de Roberto Berizonce— de las diversas medidas y acciones tendientes a asegurar el acceso a la justicia a través de los tribunales, a las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, como presupuesto ineficiente para el logro de la tutela de sus derechos. V. "Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución" en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Número 48. 2018.

(3) Un análisis acabado del punto exigiría un volumen en sí mismo. Lo que aquí presentaremos es una presentación del tema en torno a su importancia y las implicancias que reviste.

contemplada en el art. 2º, inciso 2 del dispositivo legal, reviste una trascendencia medular en el sistema dado que, dentro de los derechos que él contempla, abre un régimen procesal diferenciado y más benigno respecto al general que prevé la ley 26.854 (4).

(4) Un estudio detallado se puede consultar en VALLEFÍN, Carlos A., "Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas", Buenos Aires, Ad Hoc, 2013. La referida obra constituye un estudio particularizado de la ley 26.854 y en ella participamos colaborando con la redacción de los capítulos II y VII, puntos 3, 4 y 5. Además, debe decirse que la referida norma suscitó profundo interés en la doctrina con la aparición de una pluralidad de trabajos que la analizan, por citar algunos: BIGLIERI, Alberto, "Las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones desde la práctica abogadil"; CASSAGNE, Ezequiel, en "El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854"; DJIVARIS, Jorge, "El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del estado de derecho"; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)"; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Las medidas cautelares ante la ley 26.854"; MIDÓN, Marcelo S., "Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. Botiquín de inocuos placebos"; OTEIZA, Eduardo, "El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854"; POZO GOWLAND, Héctor M. y ZUBIAURRE, Ramón, "La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854"; Rojas, Jorge A., "El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado"; SACRISTÁN, Estela B., "El concepto de interés público en la ley 26.854"; VERBIC, Francisco, en "El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su poten-

De tal modo, el trabajo se centrará en la descripción de aquella previsión clave en el sistema legal, la evaluación de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el tópico y, finalmente, haremos una reflexión final.

II. La tutela de los sectores socialmente vulnerables en la ley 26.854: la cláusula de la vida digna

El sistema legal establece un tratamiento diverso tanto para los sectores socialmente vulnerables como también para los casos en que el objeto de la medida cautelar verse sobre derechos de salud, ambientales o alimentarios, ello con respecto a la regulación general que la norma traza para situaciones que quedan por fuera de esas previsiones enunciadas.

Este esquema se traza, en el art. 2º, inciso 2 de la ley 26.854, que dispone la siguiente formulación: “cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”

cial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, todos ellos en Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854. Suplemento Especial La Ley (mayo de 2013). También puede consultarse BASTERRA, Marcela I., “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854” en Estudios de Derecho Público, REGUEIRA, Enrique Alonso (Dir.), Asociación de Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Social, Universidad de Buenos Aires; ESPINOZA MOLLA, Martín R., “Dos aspectos estructurales del nuevo régimen cautelar de la ley 26.854: la amplitud de las potestades procesales del Estado y la incidencia del interés público como presupuesto de fundabilidad negativo”, en El Derecho, 16 de agosto de 2013, y “Comentarios a la nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales en los que sean parte el Estado nacional o sus entes descentralizados” en Revista de Derecho Administrativo, N° 89, Sept. 2013, Abeledo — Perrot. CABRAL, Pablo O. “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” en Jurisprudencia Argentina 2013-II y CUESTA, Rodrigo, “La nueva ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales” en Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en línea, entre muchos otros.

Allí radica la llamada “cláusula de la vida digna” —adoptando la expresión del profesor Carlos A. Vallefín (5)— que desempeña un papel de extrema importancia en el régimen cautelar frente al Estado. En concreto, si la acción está dirigida a obtener la protección de alguno de los derechos allí enunciados, se aplica el régimen procesal más benigno. Por tal razón, el requerimiento del informe previo no resultará obligatorio para decidir la medida cautelar, la caución podrá ser juratoria y no real o personal, el recurso de apelación que se deduzca tendrá efecto devolutivo y no suspensivo y no estará sometida la medida otorgada al plazo de vigencia.

El precepto, a modo de desagregarlo, comprende cinco circunstancias: “cuatro de ellas se definen por el tipo de derecho en discusión, mientras que la restante apunta a las características del grupo de personas afectadas” (6). Las detallamos con algunas breves reflexiones.

a) Debe tratarse de “sectores socialmente vulnerables” y que ello se encuentre “acreditado en el proceso”. La previsión legislativa apunta a las situaciones jurídicas en las que “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, característica que se configura en “materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos” (7).

En tal sentido, se encuadran en este presente un importante universo de sectores como los ancianos, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, las personas con discapacidad, entre

(5) VALLEFÍN, Carlos A., ob. cit., p. 125.

(6) Véase VERBIC, Francisco, en “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”.

(7) Se trata de pasajes del precedente “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fallos” 332:111, que tomamos siguiendo el criterio de Carlos Vallefín, quien interpreta las expresiones de la ley con el auxilio del debate en el plenario de comisiones de Justicia, Asuntos Penales y Legislación General del Senado de la Nación del 11 de abril de 2013, en especial, las observaciones formuladas por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en torno al precepto. Cit., p. 127.

otros grupos vulnerables según el ordenamiento jurídico.

b) Se hallará “comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”. Por un lado, se ha criticado esta expresión legislativa con fundamento que no existe tal categoría en dicho instrumento internacional (8), mientras que, por otro lado, se ha señalado que la norma ha adoptado el concepto de “vida digna” gestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (9) y que supone “que la vida debe estar complementada por la existencia de otros elementos que son mínimos, esenciales o sustanciales a la dignidad humana” (10).

c) La afectación del derecho a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria o a un derecho de naturaleza ambiental. Se trata, en este caso, de derechos consagrados en la Constitución nacional y los Tratados Internacionales con un vasto desarrollo jurisprudencial. Su identificación, a los fines de la pretensión cautelar, no ofrece dificultades para los operadores jurídicos.

(8) V. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)".

(9) "El Pacto de San José de Costa Rica no emplea, literalmente, la expresión 'vida digna', —afirma Néstor Pedro Sagüés— pero utiliza ambas palabras, por separado, en diferentes cláusulas, circunstancia que a la postre ha provocado, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la construcción del binomio que referimos". V. "El concepto de 'vida digna' en la ley 26.854 sobre medidas cautelares", RDA, 2013-89.

(10) SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad" en "Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos", tomo V, vol. 2, Carbonell Sánchez, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Valadés, Diego. Universidad Nacional Autónoma de México. 2015. En sentido análogo, María Gabriela Ábalos sostiene que el precepto "hace una lectura convencional" y cita en ese sentido el precedente "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de noviembre 1999. Véase "El activismo judicial y las medidas cautelares contra el Estado en clave convencional", Revista de la Escuela Cuerpo de Abogados del Estado, diciembre de 2017, disponible en línea.

III. El tratamiento procesal diferenciado

La inclusión en los supuestos previstos de la cláusula de la vida digna actúa como una fórmula de acceso a un régimen legal más benigno que el ordinario. La previsión, que se reitera a lo largo de la ley, exceptúa del cumplimiento de requisitos impuestos con carácter general:

a) El requerimiento del informe previo no resultará obligatorio: la ley 26.854 alteró la regla tradicional de la unilateralidad —*inaudita altera pars*— e introdujo que el juez deberá, con carácter previo a su pronunciamiento sobre la admisibilidad de la medida, requerir a la autoridad demandada un informe sobre el interés público comprometido, que esta deberá producir en un plazo de cinco días. Por el contrario, en caso de estar dentro de los supuestos de la cláusula de la vida digna, dicho informe previo no será exigible y el juez podrá pronunciarse en forma inmediata (11).

b) Podrán ser otorgadas por jueces incompetentes: el dispositivo legal establece que exclusivamente en los casos encuadrados en la cláusula de la vida digna las medidas cautelares concedidas por jueces incompetentes tendrán eficacia (12).

c) El plazo de vigencia de la medida cautelar no será exigible: la norma estableció, como regla, que la tutela provisional frente al Estado será concedida con plazo. En cambio, en los casos de la cláusula de la vida digna, las medidas cautelares se otorgan sin dicha exigencia (13).

d) La caución podrá ser juratoria: el dispositivo legal establece que la contracautela, en caso de otorgar medidas cautelares, debe ser real o personal. A diferencia, se excepciona esta regla, permitiendo la caución juratoria (14), en los casos en que la pretensión se trate de los derechos establecidos en el art. 2º, inc. 2, de la ley 26.854.

e) El recurso de apelación que se deduzca tendrá efecto devolutivo: la regla general de la ley 26.854 es que la apelación de una resolución

(11) Art. 4, inciso 3, de la ley 26.854.

(12) Art. 2, inciso 2, de la ley 26.854.

(13) Art. 5, segundo párrafo, de la ley 26.854.

(14) Art. 10, inciso 2, de la ley 26.854.

cautelar que suspenda los efectos de una disposición legal o reglamento del mismo rango jerárquico se concederá con efecto suspensivo (15). Por su parte, la norma prevé una generosa excepción si la cuestión queda atrapada por la denominada “cláusula de la vida digna” dado que, en tales supuestos, el efecto de la concesión del recurso de apelación contra la medida cautelar será devolutivo (16), es decir, no suspenderá sus efectos durante el trámite en la alzada (17).

IV. Evaluaciones sobre la previsión legal

El precepto contenido en el art. 2º, inciso 2, de la ley 26.854, novedoso en su aparición, despertó un creciente interés en la doctrina para su análisis —sea en términos laudatorios o críticos— y también, naturalmente, llegó al examen judicial a través de las diversas causas regidas por la norma.

(15) Las disposiciones normativas a las que alude la ley para conferir efecto suspensivo en caso del recurso de apelación son: a) las leyes en sentido formal sancionadas por el Congreso de la Nación y promulgadas totalmente por el Poder Ejecutivo Nacional; b) las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación sobre las que recayó una promulgación parcial en los términos del art. 80 de la Constitución Nacional; c) los Decretos de Necesidad y Urgencia cuyo dictado atribuye el art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional y d) los reglamentos que sean producto del ejercicio de delegación legislativa en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional. Véase Lombardo, María Fernanda, "Las medidas cautelares contra el Estado o sus entes descentralizados según la ley 26.854. Análisis de pertinencia y proyecciones de algunos aspectos de su regulación", Publicado en Revista de Derecho Público N° 6 de Infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Por su parte, la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal también se ha pronunciado en el sentido que la legislación solo dispone efecto suspensivo para el caso de ley o reglamento del mismo rango jerárquico y no para otros actos a los cuales corresponde, por la vía artículo 18 de la ley 26.854, remitir a las pautas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Art. 195) y conceder con efecto devolutivo. V. CNCont. Adm. Fed., Sala IV, "Recurso Queja N° 5 - AFIP - DGA", Expte. 22963/2013/5/RH3. Resolución del 05 de noviembre de 2013; Sala V, "Recurso Queja N° 1 - AGENER SA", Expte. 41241/2013. Resolución de 22 de mayo de 2014; "Recurso Queja N° 3 en autos Textil El Águila c. AFIP", Expte. 17.023/2013. Resolución del 10 de abril de 2013; entre muchos otros.

(16) Art. 13, inciso 3, de la ley 26.854.

(17) Puede verse más sobre los recursos previstos en la norma en LÓPEZ, José Ignacio. "Los medios de impugnación en la Ley Nacional de Medidas Cautelares frente a Estado" en JA, publicación del 2 de marzo de 2016.

En lo que sigue, repasaremos algunas de aquellas expresiones de los autores y de los tribunales en torno a la disposición que estudiamos.

IV.1. En la doctrina

Se ha indicado que “la ley consagra la cláusula [de la vida digna] que así denominamos —sostiene Vallefín— y que actúa como un auténtico paraguas protector. La importancia de esta disposición, que atraviesa todo el cuerpo normativo, es que opera como una fórmula de acceso a un régimen legal más benigno que el ordinario” (18). En sentido análogo, Sagüés postula que “la ley (...) alude varias veces al concepto de ‘vida digna’ como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional” (19).

Este último autor, a su vez, destaca que la inclusión del concepto de “vida digna” en la ley argentina constituye una novedad, “que sin ser aislada no es frecuente en el derecho comparado”, dado que remite “a reglas jurisprudenciales de un tribunal regional” y ello “refuerza el engarce entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos” (20).

García Vizcaíno, por su parte, sostuvo que todos los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos “están incluidos en el concepto de ‘vida digna’”. Es decir, se incluyen los derechos civiles y políticos (Cap. II de esa Convención) y los derechos económicos, sociales y culturales (Cap. III de esa Convención)” (21).

También se dijo que el precepto ha consagrado una tutela procesal especial y diferenciada para sectores sociales que viven en situaciones desfavorables. En tal sentido se pronunciaron

(18) VALLEFÍN, Carlos A., ob. cit., p. 184.

(19) V. SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit., p. 379.

(20) Ídem.

(21) GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, "Medidas cautelares tributarias según la Ley 26.854", Revista de Derecho Tributario, N° 4, 2013, IJ Editores.

Cabral (22) y Toia (23), destacando la diferenciación de situaciones que hace la norma.

Por su parte, Cuesta indicó que “respecto de los derechos fundamentales especialmente considerados por la ley, como con relación a las personas en situación de vulnerabilidad social, es de esperar en base a los principios de progresividad y *pro homine* que tienen su fuente en el derecho internacional de los derechos humanos, que se proyecten como categorías que habrán de marcar la interpretación y aplicación de esta ley, no solo sobre los aspectos antes mencionados y como criterios de excepción, sino también, con relación a las condiciones sustantivas de procedencia de las medidas cautelares contra el Estado” (24).

Buteler, por su lado, consideró que “la ley plantea una especie de segmentación horizontal del derecho administrativo, distinguiendo las directrices jurídicas aplicables a la contienda procesal de acuerdo con la ubicación que tenga el sujeto que solicita la medida cautelar dentro de la escala social o en base a los derechos que se encuentran en juego, estableciéndose, en este último supuesto, una especie de jerarquización de derechos”. Asimismo, criticó que “la legislación no propone un progreso en los derechos de los desfavorecidos, sino que se limita a mantener lo que ya tenían en la regulación anterior” (25).

Aberastury, por su parte, señaló que “si se efectúa una abstracción de lo previsto en la norma en cuanto se trata de una excepción (...) se podría afirmar que el reconocimiento de este tipo de este tipo de derechos constituye una visión positiva en tanto (...) el derecho administrativo se ha destacado por reconocer desigualdades entre los particulares y el Estado” (26). Sin per-

juicio de ello, apuntó a que la alusión a “sectores socialmente vulnerables” es “criticable desde el lenguaje normativo ya que no contiene pauta o indicio sobre el sector” (27).

A su vez, Espinoza Molla cuestionó a la legislación al sostener que “es posible advertir un profundo y excesivo robustecimiento de las potestades procesales del Estado —aun en aquel supuesto sistema diferenciado—, efectuando una detenida comparación del nuevo dispositivo con el régimen jurídico precedente —Código Procesal Civil y Comercial—, aplicable analógicamente, aún con las adaptaciones a los principios de derecho público que la propia jurisprudencia contencioso administrativa federal le introdujera, lo cual conformara un sistema procesal idóneo y equilibrado”. Asimismo, agregó que “se advierte de modo comparativo con el régimen legal precedente, que el pretendido sistema especial o de excepción resulta en algunos aspectos más gravoso, y en otros no se advierte un mejoramiento de la tutela cautelar efectiva, implicando ambas situaciones la consagración de un sistema restrictivo y un retroceso respecto de aquel” (28).

De otro lado, Rojas objetó “el trato desigualitario que se genera con la concepción de estas excepciones, que no deben ser tales, sino que deben constituir una regla o principio elemental a observar, es que por esa vía se violenta el principio de división de poderes, ya que se vulnera la tarea de la jurisdicción que consiste en la valoración de los hechos o circunstancias que se le someten a su consideración para el otorgamiento (o no) de una tutela por vía cautelar” (29).

IV.2. En la jurisprudencia

El Ministerio Público Fiscal ante el Fuero Contencioso Administrativo Federal se pronunció en un detallado dictamen sobre la cláusula. Allí sostuvo que “el catálogo de situaciones y derechos fundamentales comprendidos en el art. 2°,

(22) CABRAL, Pablo O., “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado...”, ob. cit.

(23) TOIA, Bruno Gabriel; “La ley de medidas cautelares en las que es parte o interviene el Estado nacional”, LA LEY, 2015-E, 693.

(24) CUESTA, Rodrigo, “La nueva ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales”, disponible en línea en www.saij.gov.ar, 2014.

(25) BUTELER, Alfonso, “Régimen federal de medidas cautelares”, RDA, 2015-101.

(26) ABERASTURY, Pedro, “Medidas cautelares contra el Estado. Ley 26.854 comentada y anotada”. Rubinzal Culzoni. 2020, p. 97.

(27) Idem.

(28) ESPINOZA MOLLA, Martín Renato, “Aspectos estructurales de las medidas cautelares frente al Estado”, Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho UNICEN, Vol. 26, 2014, ISSN 1850-0722, disponible en línea.

(29) ROJAS, Jorge A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al estado”, ob. cit.

inc. 2 de la LMC dota al magistrado que debe decidir el efecto del recurso de apelación contra una medida cautelar suspensiva de la ley, de un marco suficiente de apreciación como para disponer la modalidad de concesión del recurso de modo de salvaguardar toda situación en que se afecten los derechos allí mencionados o 'se encuentre comprometida la vida digna' conforme la interpretación que la Corte IDH ha hecho de la Convención en este aspecto, aventando de tal modo —gracias a la amplitud de la excepción— toda sospecha de inconstitucionalidad de la ley” (30).

A su vez, la práctica de los tribunales federal exhibe la valiosa aplicación de este precepto en materia de derecho a la salud (31), derecho ambiental (32), derechos alimentarios (33) y para sectores socialmente vulnerables (34).

En tal sentido, un repaso por los criterios judiciales demuestra que el paraguas protector brindado por la “cláusula de la vida digna” brin-

(30) Véase Fiscalía en lo Civ. Com. y Cont. Adm. Fed. N° 8, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", Expte. 34.717/2015. Dictamen del 20 de octubre de 2015. Disponible desde el sitio oficial de comunicación del Ministerio Público Fiscal, www.fiscales.gob.ar, publicado el 23 de octubre de ese año.

(31) CFed. Tucumán, "Sosa, Graciela Inés c. AFIP-DGI y otros s/ Mobbing laboral". Expte. 8932/2011/20. Resuelto el 9 de noviembre de 2013 y CNCiv. y Com. Fed., "Hunter Myrna Aileen c. Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ Incidente de apelación de medida cautelar", Sala II, Expte. 6088/2013. Resuelto el 4 de febrero de 2014.

(32) JFed. San Martín N° 2, "Incidente N° 21 — Marisi Leandro", Expte 113686/2018, Resolución del 26 de agosto de 2019.

(33) CFed. Seguridad Social, "Romero, María Liliana del Valle c. Anses s/ Incidentes", Sala I, Expte. 46868/2013. Resolución del 5 de noviembre de 2013; CNTrab., "Dubini, Graciela Haydee c. Universidad de Buenos Aires s/ Medida Cautelar", Sala VII, Expte. 19.360/2014. Resolución del 18 de julio de 2014; CFed. Rosario, "Maldonado, Haydee", Sala B, Expte. 53000043/2013/1. Resolución del 20 de febrero de 2014 y esa misma Sala en "Lassaga, Josefina Lilian", Expte. 53000042/2013/1. Resolución del 6 de marzo de 2014 y CFed. Rosario, "Spadaro, Yolanda c. Estado Nacional — Gendarmería Nacional Argentina s/ Varios", Sala A, Expte. 71022510/2011/1. Resolución del 11 de diciembre de 2013.

(34) CFed. Mar del Plata, "Coscarelli Cecilia M. c. Estado Nacional s/ Juicio de conocimiento". Expte. 15174. Resolución del 4 de septiembre de 2013 y CFed. Córdoba, Sala B, "C. E. E. c. Ministerio de Desarrollo Social s/ amparo", Expte. 16299/2016. Resuelto el 9 de noviembre de 2016.

dó adecuada protección a los sectores desaventajados —como así también a los especiales derechos tutelados— para el acceso a la tutela cautelar en los casos que fueron requeridos.

V. Una mirada de cierre

La Ley de Medidas Cautelares frente al Estado trajo importantes novedades en el campo del derecho procesal administrativo. En tal sentido, una de ellas fue la inclusión de la llamada “cláusula de la vida digna” que cumple un papel fundamental en el sistema legal dado que habilita —a los supuestos que ella tutela— el acceso a un régimen procesal diferenciado y que es más benigno que el general que contempla esa norma (35).

Esta distinción legislativa —que constituye un ejemplo en el ordenamiento normativo federal de tutela diferenciada— despertó voces elogiosas y otras críticas, pero se sostuvo que el universo de sujetos y derechos a los que se le brinda protección colocan a diversos artículos de la ley a salvo de objeciones constitucionales (36).

El precepto analizado consagró una construcción procedente de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en la ley argentina y, con ello, el “diálogo entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana” (37).

La actuación de los tribunales federales del país, por su parte, encontró en la cláusula de la vida digna una valiosa herramienta para brindar adecuada tutela cautelar a los sectores más vulnerables y los derechos que el legislador estableció como merecedores de un fuerte interés estatal en su protección.

El tratamiento diferenciado en la ley 26.854 —a favor de los sectores desfavorecidos de la sociedad y de derechos de máxima importancia— constituye el primer paso de un interesante camino que sería auspicioso comience a recorrer el derecho administrativo, tanto a nivel procesal como también en el plano procedimental.

(35) El tratamiento legislativo diferenciado fue destacado por autores como Pablo O. Cabral y Bruno G. Toia, *ob. cit.*

(36) V. VALLEFÍN, Carlos A., *ob. cit.*, p. 184.

(37) V. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *ob. cit.*, p. 379.

Beneficio de mediar sin gastos

Impulso para un nuevo paradigma procesal de acceso a la justicia

Lucas L. Moroni Romero

Sumario: I. Introducción.— II. Mediación prejudicial obligatoria.— III. Beneficio de mediar sin gastos.— IV. Valoración.— V. Conclusión.

I. Introducción

La temática vinculada al acceso a la justicia ha sido analizada desde diversos enfoques. Por citar algunos, basta con mencionar las perspectivas sociológicas, económicas, procesales, culturales, entre otras, desde las que se ha abordado este instituto.

No obstante ello, el presente trabajo tiene como objeto detenerse en el aspecto económico que trasunta el denominado derecho de acceso a la justicia o a la tutela judicial efectiva.

Desde esta perspectiva, vale la pena traer a colación lo expresado por la Corte IDH al referirse a la cláusula 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el conocido caso “Cantos”, allí expresó: “Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” (1).

(1) Corte IDH, Caso Cantos Vs. Argentina Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (Fondo, Reparaciones y Costas).

En efecto, a partir de reconocer que en innumerables situaciones los gastos judiciales suponen un verdadero obstáculo para acceder a la jurisdicción, pretendemos analizar la realidad de un nuevo instituto creado en la Provincia de Córdoba para permitir que las personas que no se encuentren en condiciones de hacer frente a las cargas económicas que un proceso judicial supone, puedan superar dicho valladar.

Nos referimos al proceso creado por la ley provincial de Mediación 10.453, que se titula “Beneficio de Mediar sin Gastos”.

Claro que tiene un alto grado de parentesco con el ya conocido beneficio de litigar sin gastos, sin embargo la naturaleza del proceso principal para el cual fue creado hace que la terminología se vea alterada, sin perjuicio de que los fines perseguidos por ambos instituto son idénticos, esto es, generar el escenario procesal para que los justiciables que carezcan de los medios económicos suficientes para afrontar los gastos causídicos, puedan demostrarlo a fin de obtener la franquicia o gratuidad judicial.

II. Mediación prejudicial obligatoria

A mediados del año 2018 la Legislatura de la Provincia de Córdoba sanciona la ley 10.543 (2),

(2) Dicha norma comenzó a regir a partir del 1° de noviembre del año 2018 sólo para las ciudades de Córdoba y Río Cuarto, sedes de la Primera y Segunda Circunscripciones Judiciales, no habiéndose extendido hasta mediados del año 2021 al resto de las sedes judiciales de la provincia.

mediante la cual instituye la mediación prejudicial obligatoria.

Al respecto, en su art. 2° dispone: “El proceso de mediación, salvo las excepciones previstas en la presente ley, constituye una instancia obligatoria previa al inicio de actuaciones judiciales”.

De manera tal que, sin perjuicio de las exclusiones que se estipulan, cualquier persona que pretenda iniciar un proceso judicial; previamente y de forma obligatoria debe agotar la instancia de mediación prevista en el ordenamiento jurídico referenciado y, solo cuando esta hubiere fracasado, quedará expedita la posibilidad de iniciar la acción jurisdiccional correspondiente.

En este contexto, el justiciable que otrora contaba con la posibilidad de iniciar la acción judicial de manera directa, ahora debe promover una instancia previa tendiente a alcanzar un acuerdo conciliatorio; evitando de esa manera el desgaste procesal de un litigio.

Así las cosas, bajo el esquema anterior quien no contara con los medios económicos suficientes para la erogación de los gastos del juicio podía (puede actualmente) tomar dos caminos de acuerdo con su situación patrimonial:

1. Utilizar el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita regulado en la ley 7982, en el cual el justiciable cuyos ingresos, cualquiera sea su origen, no excedieren de veinte “Jus” (3) puede solicitar el patrocinio de un asesor letrado integrante de la defensoría pública ante quien debe acreditar su condición socio-económica para que sea admitido en el programa de auxilio judicial sin costos.

2. Iniciar el llamado beneficio de litigar sin gastos, lo que importa un verdadero proceso incidental que se sustancia ante el tribunal competente (generalmente el que interviene en la causa principal). este se trata de un acto de jurisdicción voluntaria que inicia el justiciable con el patrocinio letrado de un abogado particular de su elección. Dicho trámite cuenta además con

(3) A julio de 2021 el valor del “Jus” alcanza el importe de \$2.381,02, por lo que los ingresos no deben superar la suma de \$47.620,40.

la participación de la contraparte y de los acreedores de los créditos por aportes jubilatorios y tasa judicial.

Aquí, el solicitante debe probar su incapacidad económica para hacer frente a los gastos que el proceso principal le demanda; pudiendo el caudal probatorio ser fiscalizado por los demás intervinientes que, a su vez, pueden articular las maniobras procesales que consideren menester, entre las que se destacan, la de aportar pruebas, oponerse a las ofrecidas por el peticionante, alegar, apelar la resolución, entre otras.

En definitiva, se trata de un verdadero proceso judicial que supone la puesta en marcha de la jurisdicción del Tribunal interviniente y que tiene como correlato no solo la congestión judicial, sino el aumento de la labor de los abogados patrocinantes del actor, del demandado y, por supuesto, de los organismos acreedores de los gastos judiciales que son llamados a intervenir.

Desde esta perspectiva, ante la puesta en marcha de la nueva instancia prejurisdiccional obligatoria, el legislador incorporó en el texto de la ley 10.543 un nuevo instituto con el fin de que quienes no estuvieren en condiciones de afrontar los gastos de etapa procesal pudieran demostrarlo y así obtener la dispensa.

Nos referimos al beneficio de mediar sin gastos, que ha sido diseñado y regulado en el art. 25 del plexo normativo señalado precedentemente y al que nos referiremos a continuación.

III. Beneficio de mediar sin gastos

Como hemos dicho, este proceso surge a partir del nuevo esquema procesal de litigación que supone una instancia previa obligatoria con carácter conciliatorio y con el claro propósito de evitar la sustanciación de un proceso judicial.

Sin embargo, esta etapa, aunque en menor medida, también se encuentra sujeta a gastos propios de su tramitación, entre los que podemos destacar a los honorarios de los mediadores, los aportes previsionales y la Tasa de Justicia, entre otros.

En este contexto, el art. 25 de la ley 10.543 contempla la posibilidad de que quienes se encuen-

tren atravesando dificultades económicas para hacerles frente puedan iniciar la solicitud para mediar sin gastos, con el fin de obtener la gratuidad del trámite.

A su vez, el dec. 1705/2018 del Poder Ejecutivo provincial reglamenta las pautas y especificaciones para su tramitación.

En efecto, a los fines de dar una ilustración del funcionamiento del beneficio de mediar sin gastos, seguidamente y en prieta síntesis, abordaremos las características y pautas procesales que presenta dicho trámite:

III.1. Presentación. Requisitos. Facultades del solicitante

La solicitud de mediar sin gastos debe ser presentada por la parte interesada ante el Centro Judicial de Mediación antes de la realización de la primera reunión conciliatoria.

La presentación debe hacerse acompañando obligatoriamente y bajo apercibimiento de inadmisibilidad una Declaración Jurada creada y aprobada al efecto, la que equivale a la solicitud propiamente dicha.

El peticionante puede acompañar junto con la declaración jurada los informes expedidos por las reparticiones públicas que considere menester para demostrar su condición socio-económica; pudiendo adjuntar también la copia impresa de la imagen reflejada en la red de internet a través de “Google Street View” (o análogo) de la vivienda habitada por el solicitante y su entorno geográfico, todo suscripto bajo fe de juramento.

Como puede advertirse, con la presentación se puede acompañar todo el bagaje de pruebas documentales tendientes a demostrar la capacidad de pago del solicitante, entre las cuales, la única obligatoria es la declaración jurada, cuyo contenido viene predeterminado por el formulario elaborado al efecto por el Tribunal Superior de Justicia.

Además de ser esta la única oportunidad de adjuntar las probanzas de las que pretenda valerse, se excluye la posibilidad de ofrecer otros medios probatorios, como pueden ser las testimoniales, informativas, periciales, etc.

Esta particularidad procesal tiene su correlato con la facultad de quien debe valorar la situación económica del peticionante, nos referimos al Asesor Legal de la Administración General del Poder Judicial, quien puede valerse de la consulta de bases de información externas para verificar la condición socio-económica del solicitante.

Es decir, sin perjuicio de la información aportada por el actor, el funcionario encargado de dictaminar sobre la procedencia de la gratuidad puede verificar y/o indagar en fuentes externas la condición del solicitante y, de esta manera, lograr un conocimiento acabado del caso traído a decisión.

Todo lo cual, resulta una novedad procesal que sin lugar a duda persigue no solo acortar extremadamente los plazos de tramitación, sino que permite alcanzar un mayor grado de certeza respecto de la situación socio-económica puesta en consideración.

III.2. Trámite

Una vez presentada la solicitud por ante el Centro Judicial de Mediación, este órgano, en un plazo de tres [3] días hábiles, debe remitir las actuaciones al Asesor Legal de la Administración General del Poder Judicial, quién debe expedirse dentro de los cinco [5] días hábiles de recibidas.

Una vez radicadas las actuaciones en la Asesoría Legal, si este funcionario advirtiera que la presentación se ha realizado en forma incompleta o deficiente, emplazará por el plazo de tres [3] días al solicitante para que la subsane, bajo apercibimiento de tener por desistida de pleno derecho la solicitud de mediar sin gastos, remitiéndose al Centro Judicial de Mediación a sus efectos.

El asesor legal, una vez recibidas las actuaciones y subsanada la presentación en su caso, debe dictaminar sobre la procedencia de la gratuidad, la que puede prosperar, incluso, parcialmente según las circunstancias ventiladas en la causa.

El asesor legal, una vez dictaminado, debe remitir la causa al Centro Judicial de Mediación, quien en el plazo de cinco [5] días hábiles debe

resolver el beneficio de mediar sin gastos; pudiendo apartarse del dictamen efectuado por el funcionario referenciado, en cuyo caso deberá hacerlo en forma fundada.

III.3. Impugnación

La reglamentación establece que solo en caso de negativa del beneficio de mediar sin gastos puede impugnarse la resolución.

El recurso debe interponerse en el plazo de tres [3] días de manera directa ante el juez de primera instancia del domicilio del solicitante y que resulte competente en razón de la materia, es decir, será determinante para establecer esto último la naturaleza de lo requerido en la instancia prejurisdiccional obligatoria en el Centro Judicial de Mediación.

La impugnación debe presentarse de manera fundada y se habilita la posibilidad de acompañar nuevas pruebas como resorte de la instancia recursiva.

Una vez presentado, el juez interviniente tiene amplias facultades para su tramitación, ya que, puede resolver considerando únicamente lo presentado y acompañado en la senda recursiva o bien, correr traslado por cinco [5] días a todas las partes involucradas o a algunas de ellas. estas, a su vez, cuentan con la posibilidad de acompañar la prueba que consideren menester al tiempo de contestar la impugnación.

Así las cosas, una vez contestado el traslado o vencido el plazo sin que se hubiera efectuado y producida la prueba, en su caso, el tribunal quedará en condiciones de resolver, para lo cual tendrá un plazo de cinco [5] días desde que se encuentre firme el decreto de autos. El tribunal resolverá acordando el beneficio o denegándolo.

Esta resolución será apelable según el trámite previsto en las disposiciones de las leyes de procedimientos vigentes —según corresponda— en razón del fuero ante quien se haya promovido el recurso.

III.4. Imposibilidad de impugnación de la concesión

Al respecto, si bien la norma deja afuera la posibilidad de recurrir la concesión del beneficio a

los potenciales acreedores, lo que podría significar una amenaza al derecho de defensa de estos últimos, no es menos cierto que en función de lo que la propia reglamentación establece en materia del alcance de la gratuidad acordada, la garantía de defensa en juicio no se vería alterada.

Nos referimos a que la ley establece que la gratuidad concedida quedará sin efectos en los supuestos en que la mediación concluya con un acuerdo de contenido económico; debiendo, por lo tanto, afrontarse los costos correspondientes.

De este modo, se advierte que los potenciales acreedores solo podrían agravarse por la concesión del beneficio en los casos en que fracase la instancia de mediación y deba iniciarse el proceso judicial respectivo, pero aquí, conforme se desarrolla en el punto III.5 del presente y al cual remitimos, la norma dispone diversas opciones de defensa a estos según las circunstancias del caso; dejando a salvo la garantía en cuestión.

III.5. Alcance en relación con el beneficio de litigar sin gastos

Una cuestión que dejó prevista la norma, creemos de forma saludable y con el claro propósito de agilizar los procesos y descongestionar la administración de justicia, es la posibilidad de utilizar las constancias del beneficio de mediar sin gastos para el supuesto que, fracasada la etapa prejurisdiccional, el justiciable deba promover el juicio propiamente dicho con el correlato de tener que iniciar accesoriamente un beneficio de litigar sin gastos.

En este contexto, la reglamentación indica tres situaciones posibles al respecto:

1. Lo primero que señala es que las constancias de la solicitud de mediar sin gastos tendrán valor probatorio para el supuesto caso en que deba iniciarse el beneficio de litigar sin gastos para el juicio principal promovido como consecuencia de la falta de acuerdo en mediación.

Es decir que, en el supuesto caso de que el beneficiario de una solicitud de mediar sin gastos no hubiera tenido un resultado favorable en la instancia de mediación y tiene que iniciar final-

mente el proceso judicial, puede presentar un beneficio de litigar sin gastos acompañando el beneficio de mediar como resorte probatorio de relevancia para la resolución de la nueva franquicia.

Es que, si la solicitante adjunta ante el tribunal interviniente la resolución por la que le han concedido el beneficio de mediar sin gastos para la instancia de mediación que se inició como antesala de la causa que ahora se presenta, indudablemente, generará en el Juez un gran marco de certeza respecto de la capacidad económica del peticionante.

2. Sin embargo, el peticionante quedará eximido de presentar el beneficio de litigar sin gastos si notificada la concesión de mediar sin gastos resuelta por el Centro Judicial de Mediación a las partes del juicio principal, estas no manifiestan expresamente al juez su oposición dentro del plazo de diez [10] días.

Es decir, el peticionante, una vez iniciado el trámite jurisdiccional tiene la facultad para instar ante el juez interviniente que la resolución favorable del beneficio de mediar sin gastos sea notificada a la contraparte del juicio y también a los acreedores de los gastos judiciales, para que estos puedan articular las defensas dentro del plazo previsto.

Si no hubiere oposición, dicha resolución tendrá el alcance equivalente al beneficio de litigar sin gastos y se evitaría la tramitación de este último.

Claro está, que, si hubiere resistencia por parte de algunos de los convocados, el actor deberá tramitar el beneficio de litigar sin gastos y, en este caso, la resolución favorable obtenida en el proceso anterior solo tendrá validez probatoria en los términos expresados en el punto anterior.

3. Por último, la norma aclara que en el caso de que la resolución del beneficio de mediar sin gastos haya sido sometida a la instancia recursiva por ante el tribunal de justicia, lo que haya decidido este último (sea en primera instancia o la alzada), en cualquier sentido, tendrá equivalencia de un beneficio de litigar sin gastos y, por lo tanto, no podrá iniciarse este último.

Aquí, por supuesto, lo que se busca es evitar una doble intervención del órgano jurisdiccional para resolver la misma plataforma fáctica que ya fue resuelta por el tribunal en la sustanciación de la impugnación.

III.6. Tramitación electrónica

Finalmente, resta indicar que la propia reglamentación deja abierta la posibilidad que el trámite de este proceso se canalice enteramente por la vía electrónica.

En efecto, se autoriza al Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba a que, conforme lo dispuesto por el art. 13 y subsiguientes de la ley 10.177, pueda establecer un sistema de gestión electrónica de este proceso, que garantice su celeridad y permita su monitoreo, que incluya la tramitación íntegramente electrónica de la causa, la firma digital y la notificación electrónica y demás herramientas afines que considere menester para el cumplimiento de los objetivos planteados.

Felizmente, desde su implementación, el Máximo Tribunal cordobés programó toda su tramitación a través del expediente electrónico que se desarrolla en el sistema informático de administración de causas de la justicia provincial, lo que ha permitido en general que los plazos legales establecidos y las expectativas de corta duración se hayan conquistado sin dificultad.

IV. Valoración

El nuevo proceso del beneficio de mediar sin gastos persigue fundamentalmente darle celeridad al trámite, descongestionar los tribunales y dar una respuesta adecuada de acuerdo con las condiciones de quien lo solicita y en relación con los costos que implica el proceso principal.

El tiempo de duración de este nuevo instituto está previsto para que, en general, no exceda los treinta días corridos contados desde su inicio.

Dicho objetivo se ve materializado en la presentación íntegra de todo el caudal probatorio y una declaración jurada del peticionante al momento de iniciar la solicitud.

A su vez, el procedimiento autoriza a quien debe resolverlo a consultar información de fuente externa, de modo tal que se prevé la posibilidad de suplir la falta de prueba aportada por el solicitante.

De esta manera, el solicitante, una vez presentado el beneficio o subsanadas las deficiencias formales que pudiera haber, en su caso, solo debe esperar una resolución sobre este en un tiempo claramente corto.

El proceso si bien garantiza el derecho de defensa, elimina todo tipo de obstáculo y vicisitud procesal.

En efecto, elimina la participación de terceros, los alegatos y las incidencias, no obstante, quienes se sientan con derecho a impugnar la resolución que se dicte en el proceso, pueden luego cuestionar el decisorio por ante juez que por turno corresponda.

Recordemos que la decisión que se dicte en el proceso debe ser notificada a todos los interesados (potenciales acreedores de los gastos que genera la causa, v.gr. aportes a la caja de abogados, contraparte, etc.) para que puedan hacer valer sus derechos en caso de corresponder.

De esta manera, el beneficio de mediar sin gastos se transforma en un instituto que pasa a estar a la vanguardia procesal dando respuestas en tiempos extremadamente cortos, sin descuidar las garantías constitucionales de terceros y pone en jaque el tradicional beneficio de litigar sin gastos que, como es sabido, importa un verdadero juicio para el litigante que acude a la justicia solicitando la franquicia judicial.

Al respecto, resulta oportuno destacar que, con motivo de una investigación llevada a cabo en el año 2010 por el Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez del Poder Judicial de Córdoba, se realizó una tarea destinada a analizar el acceso a la justicia y el beneficio de litigar sin gastos en la sede capital de la primera circunscripción de Córdoba, que estuvo dirigida por José Antonio Sartori (4).

(4) "Acceso a la justicia y Beneficio de Litigar sin Gastos: Estudio de la efectividad del procedimiento establecido para el acceso a la justicia en el Fuero Civil de la primera Circunscripción sede Córdoba Capital" Dirigi-

Como conclusión de dicho trabajo se señalaron situaciones que implican anomalías en la tramitación del instituto del beneficio, entre las que se destacan las siguientes: "a) Las demandas de BLSG en su mayoría carecen de datos relativos a la ocupación del peticionante y sus ingresos" y dicha variante surgió del estudio que arrojó que, "[c]on relación a la ocupación de los solicitantes era esperable encontrar en gran porcentaje en las demandas de beneficio, a lo sumo una breve referencia a la situación de economía menos favorable en la cual podrían verse insertos los peticionantes, a los fines de adscribir a la necesidad de aplicación de instituto analizado en su favor. Sin embargo del análisis de estos datos, el porcentaje mayor de interesados quedó abarcado en la categorización 'sin datos'; b) Que los BLSG iniciados en los años 2007/2008 en su mayoría se encuentran en la etapa probatoria; c) Un gran porcentaje de BLSG se encuentran en el casillero, no habiendo sido impulsados por los peticionantes por un período llamativamente cercano a la caducidad de la instancia, representando la inactividad de estos niveles superiores al doble de la observada en la tramitación de los expedientes principales; d) Que la duración desde el inicio hasta el último acto procesal de los BLSG, resulta prácticamente contemporánea a la duración del expediente principal, siendo que la sumatoria de los plazos procesales previstos por la ley para cada uno de ellos es sustancialmente diferente; (...)".

A este escenario resta agregar el alto grado de congestión que provoca para los tribunales provinciales la tramitación de estas causas.

Finalmente, cabe mencionar, que el nuevo proceso de mediar sin gastos se asienta en torno a la calificación de "pobre procesal".

Esto es, se apela a una construcción dinámica asentada sobre los propios estándares sociales, políticos y económicos en los cuales dicho individuo está situado, es decir, posiciona al intérprete en la hipótesis de que aquel que reclama

do por José Antonio Sartori en: "La Interdisciplinariedad desde la investigación en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba" —Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez— Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colección Investigaciones y Ensayos N° 6, Córdoba, 2010, p. 300.

su carácter de pobre para el proceso judicial, no se encuentre en un estado de indigencia plena o absoluta, esto es, la noción de pobre no es la de aquel que socialmente está marginado de la realidad económica y productiva del país, sino solo aquel que, teniendo bienes y salario o ingresos, ellos resultan escasos para hacer frente al desembolso en concreto de lo requerido para las actuaciones previas y para las judiciales en caso de tener que iniciarlas.

V. Conclusión

En definitiva, a la luz de lo expresado, puede resumirse que el nuevo proceso que representa el beneficio de mediar sin gastos se encuentra abrazado por el objetivo central de dotar al

sistema de una efectiva tutela judicial eficiente; reduciendo sustancialmente los tiempos del trámite y dotando de mayores seguridades y garantías tanto a quien lo solicita como a los que puedan surgir como potenciales interesados.

Por ello, estamos convencidos que las consideraciones positivas que fueron expuestas y que emergen del nuevo proceso pueden transformarse en un verdadero impulso para repensar los institutos procesales a fin de dotar al sistema judicial de una mayor eficiencia a la hora de dar respuestas al justiciable y a la vez, para reformular los procesos vinculados a la satisfacción directa de la garantía de acceso a la justicia desde la perspectiva económica, tales como el beneficio de litigar sin gastos, entre otros.

Colaboración procesal y tutelas diferenciadas

P. Sebastián Villa (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La colaboración en el proceso civil actual y los horizontes reformistas.— III. De las tutelas diferenciadas y la colaboración procesal.— IV. Palabras finales.

I. Introducción

En los últimos años se ha incrementado notablemente el interés de la doctrina procesal respecto de los alcances del principio de colaboración, así como sobre los contornos de las tutelas diferenciadas.

Los renovados esfuerzos, cada vez más comprometidos con el logro de una vigencia plena del derecho a la tutela judicial efectiva, se enfocaron en indagar sobre la naturaleza del principio de cooperación, intentando descifrar si es una nueva forma de denominar al viejo principio de buena fe, probidad y lealtad procesal, si se trata de un nuevo principio con contornos más acordes a las exigencias de estos tiempos, o si es en realidad una propuesta de un nuevo modelo procesal, aspiracional o en transición, que pone en crisis la vigencia del adversarial clásico (1).

(*) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA). Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial en grado y posgrado (UNLP, UDE, UNA). Autor y coautor de diversos artículos, ponencias y libros sobre la materia. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP).

(1) Para profundizar sobre el punto ver, entre otros, SUCUNZA, Matías A., "Cooperación como modelo (y principio) procesal: cambio de paradigma e interpelaciones en pro de una reforma igualitaria, responsable y democrática", trabajo publicado en la obra colectiva realizada con motivo de las Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Procesal, organizado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal; Reforma a la justicia civil. Discusiones y propuestas, Directores: OTEIZA, Eduardo; ROJAS Jorge, Rubinzal Culzoni Editores, 2019, pág. 43 y ss.; También VILLA, P. Sebastián, "El principio de cooperación en el proceso civil actual", publicado

Las crecientes tendencias de ampliación de la oralidad a través de la promoción de procesos por audiencias, sumado a la publicización del proceso civil, han contribuido a entronizar al principio de colaboración como un elemento cada vez más gravitante en el derecho procesal civil actual

En tanto, respecto de las tutelas procesales diferenciadas, el evidente agotamiento del proceso de conocimiento clásico (ordinario-sumario) como carril casi exclusivo y excluyente para el abordaje de la heterogénea conflictividad, nos ha ido conduciendo a la "necesidad" de idear e implementar estructuras y criterios procesales que tengan en miras las particularidades de las distintas problemáticas que se presentan en la actualidad.

Al tiempo que se advierte una creciente demanda de justicia, resulta cada vez más compleja su satisfacción. No basta con remover formalmente los obstáculos y garantizar que los justiciables puedan "acudir" hasta las puertas de la jurisdicción, sino que se debe garantizar el derecho a una rápida y eficaz decisión.

Ahora bien, en el presente trabajo nos proponemos indagar sobre si existe relación entre el principio de colaboración y las tutelas procesa-

en el Suplemento de Derecho Procesal de elDial.com el 29/02/2012, elDial.com — DC17B9, y publicado también en Revista Jurídica del Perú, número 129, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Noviembre de 2011; VILLA, P. Sebastián, "El principio de cooperación como condición para la eficacia de la etapa preliminar al proceso civil", publicado en el Suplemento de Derecho Procesal de elDial.com el 27/06/2011, elDial.com - DC1623.

les diferenciadas, y si lo primero es condición para la eficacia de lo segundo. Para ello, proponemos al lector un vuelo rasante por algunas regulaciones para reflexionar sobre el ser y el deber ser de esta relación.

II. La colaboración en el proceso civil actual y los horizontes reformistas

II.1. La colaboración procesal en el Código vigente

En el acápite anterior se perfilaba nuestra postura sobre los contornos actuales de la colaboración procesal. Y profundizando la idea, sostenemos que los desarrollos más recientes no se deben al modo de analizar nuevas regulaciones procesales, sino más bien a cambios operados en nuestra sociedad en las últimas décadas, en aspectos tanto sociológicos como culturales, así como también a la conceptualización de la conflictividad y su abordaje.

En realidad, la colaboración procesal no es un concepto nuevo ni extraño para el derecho procesal argentino en general, ni para el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en particular, vigente desde hace ya más de cinco décadas. De hecho, encontramos manifestaciones del principio de colaboración a lo largo de todo el Código, más allá de la dimensión que le hayamos atribuido en diferentes épocas.

A fin de probar nuestro punto, nos centraremos en el proceso de conocimiento (2), desde la etapa preliminar hasta el dictado de la sentencia.

Así, en la etapa preliminar podemos mencionar la presunción en contra del requerido, que se extrae por no prestar declaración jurada en el plazo fijado por el juez, en el contexto de las diligencias preliminares (3). También la jurisprudencia ha señalado que procede exigir la

(2) Aunque existen, desde ya, manifestaciones del principio de colaboración en el proceso ejecutivo y en los procesos especiales de conocimiento, además de legislaciones especiales.

(3) Art. 324 Cód. Proc. Civ. y Com.. - En el caso del inciso 1) del artículo anterior, la providencia se notificará por cédula o acta notarial, con entrega del interrogatorio. Si el requerido no respondiere dentro del plazo, se tendrán por ciertos los hechos consignados en forma asertiva, sin

colaboración al requerido en el marco de las diligencias preliminares, a los fines de permitir la adecuada preparación del proceso (4).

En el art. 329, Cód. Proc. Civ. y Com., además de determinar que la falta de comparecencia a la citación para reconocimiento de la obligación de rendir cuentas genera una presunción en contra del requerido, se sanciona con multa una serie de conductas obstruccionistas, contrarias al principio de colaboración, tales como el ocultamiento o destrucción de elementos que fueren requeridos por el juez en el marco de la prueba anticipada, así como también el hecho de brindar información falsa o que pudiere inducir a error, etc.

En el caso de la mediación prejudicial obligatoria, como método alternativo de solución de controversias que ubicamos en la etapa preliminar, no se advierten manifestaciones importantes del principio de colaboración (5), más allá de exigir la concurrencia como condición de admisibilidad de la demanda. El legislador exige que se acredite el tránsito por la instancia de mediación (con o sin acuerdo), sin que interese al *animus* con el que participó o si hizo algún intento razonable de alcanzar un acuerdo, tal como se pondera en sistemas procesales como el de Inglaterra (6).

En cuanto a la etapa introductoria, el art. 29 reprime la recusación maliciosa con multa y aplicando las costas correspondientes a la incidencia.

perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez iniciado el juicio.

(4) "En el marco de la producción de prueba anticipada dirigida a una red social a fin de obtener los datos del autor de un comentario amenazante, corresponde ordenar al letrado de aquella informar quién es el representante legal en el país facultado para brindar la información mencionada y su domicilio legal, ello con fundamento en el deber de colaboración con el servicio de justicia y en la enunciaci3n no taxativa del art. 323 del C3digo Procesal Civil y Comercial de la Naci3n" (CNCiv. Sala M, "Santamaría, Víctor c. Civilmente responsable del hecho 31/05/2014 s/ prueba anticipada", resoluci3n del 27/03/2017, LA LEY, 08/05/2017, AR/JUR/8313/2017).

(5) Arts. 2, 3 y concordantes de la ley 26.589.

(6) VILLA, Pedro Sebastián, "El principio de cooperaci3n como condici3n para la eficacia de la etapa preliminar al proceso civil", elDial, 27/06/2011, elDial DC1623.

El art. 145 prevé que la acreditación de la notificación a un domicilio falso, demostrativa de un obrar de mala fe, producirá la anulación de todo lo actuado con posterioridad y la aplicación de una multa.

Por su parte, la incontestación de la demanda también tiene consecuencias que derivan de la aplicación del principio de colaboración. Con el fin de alcanzar la verdad jurídica objetiva, resulta valioso para el juez poder contar con la versión de los hechos de ambas partes. En los términos del art. 356, Cód. Proc. Civ. y Com., la falta de colaboración evidenciada por el silencio o las respuestas evasivas permite al juez extraer una presunción en contra del demandado renuente. Lo mismo ocurre con la incomparecencia y el eventual decreto de rebeldía.

También encontramos una interesante aplicación del principio de colaboración en el diseño de la audiencia preliminar del art. 360, Cód. Proc. Civ. y Com. Para que esta audiencia proporcione el rinde esperado, se requiere una actitud dialogal y cooperativa entre las partes y del juez para con las partes. La posibilidad de desactivar el conflicto o de preparar adecuada y eficientemente el proceso depende de ello. A partir del trabajo en conjunto, existe la posibilidad de conciliar en todo o en parte, determinar si hay hechos controvertidos y, en su caso, acordar qué medios de prueba resultarán útiles para lograr la convicción sobre el modo en que ocurrieron los hechos, concentrando los esfuerzos y evitando actividad probatoria improductiva.

Durante la etapa probatoria existen diversas manifestaciones de la exigencia de colaboración, tanto respecto de las partes como de terceros, e incluso puede existir una interacción cruzada, esperando colaboración de la parte contraria de quien tendría la carga de probar, por aplicación del principio de adquisición de la prueba (7).

(7) "La carga de la prueba, por principio, pesa sobre el excepcionante (art. 549, CPCC de Corrientes y art. 84, Código Fiscal de Corrientes). No obstante, la asunción de la carga por el ejecutado requerirá, con frecuencia, la colaboración del ejecutante —remisión de constancias administrativas—, en estos supuestos la conducta renuente de la actora constituirá un indicio capaz de generar una presunción en su contra (inc. 5, art. 163 y art. 386, CPCC de Corrientes). El deber de colaboración de

Más allá de las interpretaciones jurisprudenciales que en algunos casos van más allá de lo previsto por el derecho positivo, tenemos varias normas que establecen una presunción en contra de la parte que no presta su colaboración procesal, mientras que otras establecen sanciones conminatorias al renuente.

Así, encontramos por ejemplo la presunción en contra prevista en el art. 388, Cód. Proc. Civ. y Com., que se genera a partir de la negativa a presentar los documentos que presumiblemente existen, a partir del requerimiento de la parte contraria.

También ocurre lo propio en el art. 394, Cód. Proc. Civ. y Com., que presume el reconocimiento del documento atribuido a la parte, como consecuencia de la incomparecencia a la citación para formar cuerpo de escritura y permitir el cotejo de firma.

Por su parte, respecto de la prueba pericial, puntualmente la prueba genética, el art. 4° de la ley 23.511 del año 1987 prescribía: "...La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente" (8). El Código Civil

las partes y de actuar con buena fe y probidad, integra los principios fundamentales del debido proceso, en cuanto éste debe tener como objetivo la solución de un conflicto de la forma más justa posible" (Municipalidad de la Ciudad de Corrientes vs. Carbo SA s. Apremio /// CCC Sala IV, Corrientes, Corrientes; 10/09/2014; Rubinzal Online; 25547/8; RC J 8507/14).

(8) "En el caso de la negativa a someterse a las pruebas biológicas se extrae la presunción de que la paternidad reclamada es cierta, porque el indicio si bien único, es lo suficientemente grave y preciso para formar convicción de la verdad de la filiación reclamada, esto en virtud del deber de colaboración y del principio que sostiene que ambas partes deben cooperar para la dilucidación de la verdad, siendo también respetuosa de los principios esenciales en materia de filiación establecidos en la Ley 23.264 consistente en el "principio de igualdad jurídica de todas las filiaciones (arts. 240 y 241, Código Civil) y de veracidad biológica que establece la amplitud probatoria del art. 253, Código Civil. No es suficiente la mera negativa y se deben valorar como un elemento probatorio las actitudes procesales de las partes. Si el juez rechazara la demanda por ausencia de elementos de convicción, el emplazamiento filial, que representa un derecho para toda persona, perdería efectividad por voluntad y arbitrio del presunto padre. Es decir, la igualdad de las filiaciones se convertiría en una declaración formal desprovista de

y Comercial también regula este punto en el art. 579 calificando al indicio contrario que se genera como "grave".

En el ámbito de la prueba confesional, la incomparecencia o la actitud evasiva del absolvente, tiene por resultado la confesión ficta de los arts. 404 y 417, Cód. Proc. Civ. y Com.

Respecto de la colaboración exigida a terceros en la etapa probatoria, el art. 398 establece la aplicación de sanciones conminatorias progresivas en el supuesto de atraso injustificado en las contestaciones de informes (9).

Y ya en la etapa conclusiva, resulta relevante resaltar la valoración del comportamiento procesal como argumento de prueba. En ese sentido, el art. 163, inc. 5, Cód. Proc. Civ. y Com. establece: "...La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones...". Esta norma habilita un análisis integral de la conducta desplegada por las partes, durante todo el proceso, y sin perjuicio de las consecuencias especialmente previstas ante determinadas conductas que el legislador ha considerado como contrarias a la colaboración esperable.

Más allá de la posible utilización como argumento de prueba, la inconducta procesal también va a ser valorada en la etapa conclusiva en lo que se conoce como condenaciones accesorias de la sentencia, imponiendo una sanción

contenido y se llegaría lisa y llanamente a una denegación de justicia" (C., N. E. vs. S., V. s. Filiación /// CCCL, Reconquista, Santa Fe; 10/06/2013; Rubinzal Online; 119/2011; RC J 14042/13).

(9) "El principio procesal de colaboración está dirigido erga omnes" puesto que alcanza aún a las personas ajenas al litigio en su calidad de auxiliares del proceso (v.gr.: los testigos); no hay razón entonces para que el incumplimiento de ese deber por la propia titular de la relación procesal (al omitir la obligación —rectius—: la carga de contestar y ser explícita) reciba el favor de la jurisdicción." (Banco de la Provincia de Corrientes vs. Cossara, Antonio Javier y otra s. Ordinario /// STJ, Corrientes; 31/10/1995; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Corrientes; RC J 6352/13).

pecuniaria que puede alcanzar a alguna de las partes, a su letrado o a ambos (10).

Es importante destacar que el "ambiente colaborativo" puede surgir espontáneamente, pero también puede ser "creado" a partir del condicionamiento de la conducta desde el inicio del proceso. La exigencia de colaboración procesal debe darse desde la primera oportunidad, desde el primer despacho y/o requerimiento formal a las partes y terceros, de forma tal que se advierta la conducta esperada y se anticipen las consecuencias del obrar. Y lo más importante, que las consecuencias anunciadas se apliquen y se ejecuten (11).

II.2. La colaboración procesal en el Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

En el Libro "Bases para la Reforma del Proceso Civil", se incluye el tratamiento de la colaboración procesal en el capítulo referido a los "principios procesales orientadores", definiéndola del siguiente modo (12):

"Se trata de un principio que deriva en cargas y en deberes procesales que pesan, no solo so-

(10) "La multa impuesta a la demandada por temeridad y malicia —en el caso, por US\$ 50.000— por negar tener en su poder los títulos accionarios base de la ejecución, pese a acreditarse que los había recibido de manos del presidente de la sociedad anónima, debe confirmarse, pues la conducta examinada no resulta adecuada al deber de colaboración que rige el proceso judicial ni al de obrar de buena fe que se les exige a las partes". (CN-Com., Sala C, "U. M. I. y otros c. Sucesores de M. U. y otros s/ Incidente de ejecución de sentencia", resolución del 09/05/2019, AR/JUR/15643/2019).

(11) FERNANDEZ BALBIS, Amalia, "La Cooperación procesal, ¿puede ser impuesta?". El problema que plantea la inasistencia a las audiencias, TR LALEY AR/DOC/3522/2019

(12) Ver <http://www.saij.gov.ar/bases-para-reforma-procesal-civil-comercial-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-lb000214-2017-08/ograma-nacional-coordinacion-general-derecho-privado-capitulo-iii-principios-procesales-orientadores-dacfl70381-2017-08/123456789-0abc-defg1830-7-1fcanirtcod?q=%28id-infojus%3ADACF170381%29%20&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1>.

bre las partes, sino también sobre terceros que deben colaborar con la justicia.

“El proceso civil debe ser considerado como una obra en común cuyo resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro.

“La aplicación de este principio implica modificar criterios jurídicos o prácticas que se han revelado inconvenientes, tal como la de autorizar al demandado a limitarse a negar los hechos invocados por la actora sin aportar su versión fáctica, pese a haber participado del episodio llevado a juicio”.

El anteproyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial (13) fue elaborado por una comisión redactora integrada por expertos procesalistas que combinan su experiencia en la judicatura, el ejercicio de la abogacía y la academia.

En tanto, entre los objetivos centrales enunciados por los redactores al momento de presentar el Anteproyecto, se destacan (14): a) instalar la oralidad efectiva en los procesos de conocimiento; b) simplificar estructuras procesales, distinguiendo las que requieren intermediación de las que admiten procesos escriturarios; c) instalar el expediente electrónico y el uso de tecnología en la justicia; d) y procurar la finalización del proceso en el menor tiempo posible.

Si bien no se advierte que la colaboración procesal haya sido un eje central de la reforma, ello no quiere decir que no se hayan propuesto mo-

dificaciones que incidan en la dimensión proyectada del tema.

En efecto, consideramos que existe una profundización del camino actual, una mayor inclinación hacia la exigencia de colaboración y hacia el trabajo cooperativo por parte del juez, de las partes y de los terceros.

En estas palabras lo establece el art. 10 del Anteproyecto: “Las partes, el juez, los terceros y aquellos cuya participación se requiera, deben cooperar para obtener, en tiempo razonable, una justa solución del conflicto. Su incumplimiento injustificado por una de las partes generará un indicio en su contra”.

También merece ser destacada la incorporación expresa del deber de decir verdad en el art. 6° (15). Al igual que el mencionado art. 10, el deber de decir verdad se encuentra dentro del Título Preliminar dedicado a la explicitación de los principios procesales.

Luego el art. 15 exige a las partes que colaboren con el desarrollo del proceso, evitando conductas dilatorias, actos inútiles o innecesarios para determinar los hechos y el derecho. Al mismo tiempo, deberán cooperar para la efectiva y adecuada producción de la prueba, y declarar sobre las cuestiones de hecho en forma completa y adecuada a la verdad. La infracción a estos deberes podrá derivar en la imposición de una sanción pecuniaria, además de constituir “...una presunción contraria a la parte que omita colaborar y se considerará al dictar sentencia o resolver una incidencia”, en los términos del art. 16 del Anteproyecto.

En las regulaciones relativas a la etapa probatoria, la cooperación también juega un rol cuando se regula la posibilidad de que el juez, de oficio o a pedido de parte, distribuya la carga de la prueba de determinados hechos entre quienes se encuentren en mejores condiciones de probarlos, estableciendo algunas pautas para la determinación de qué se debe considerar “mejores condiciones”.

(15) ARTÍCULO 6.- Lealtad, buena fe y deber de decir verdad. Los intervinientes en el proceso actuarán con lealtad, buena fe y veracidad.

(13) Ver <http://www.sajj.gob.ar/anteproyecto-nuevo-codigo-procesal-civil-comercial-nacion-nv21913-2019-07-01/123456789-0abc-319-12ti-lpsedadaveon?&o=6&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CNovedad%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=18446>.

(14) Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/presentaron-el-anteproyecto-del-nuevo-codigo-procesal-civil-y-comercial>.

En síntesis, quizás no estemos frente a un anteproyecto que impulse un modelo procesal de tipo cooperativo en los precisos términos en los que lo define Sucunza (16), pero creemos que constituye un avance respecto del régimen actual, una resignificación de la colaboración procesal como principio y como norte a seguir.

III. De las tutelas diferenciadas y la colaboración procesal

El maestro Morello decía que “lo procesal debe imaginar e implementar aceleradamente respuestas nuevas a problemas nuevos, en tanto, es obvio, que no podemos dar respuestas viejas a problemas nuevos” (17).

En nuestro país, los cambios socio-económico-culturales operados a partir de la reforma constitucional de 1994 —por tomar un punto relevante de referencia—, han sido de tal magnitud que se han modificado notablemente las problemáticas que se someten a la jurisdicción, tanto en cantidad como en calidad. Pensemos por un instante el impacto (18) que ha tenido hasta nuestros días la incorporación expresa al texto constitucional de algunos tipos procesales de urgencia (ej. habeas data, amparo), el reconocimiento de tutela preferente a los derechos de incidencia colectiva, la acentuación del acceso a la jurisdicción, la mención de colectivos de sujetos con tutela preferente (niñez, adolescencia, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad, etc.), los tratados internacionales de derechos humanos, entre otros.

Sin embargo, a pesar de toda esta “nueva sustancia” y los principios y garantías que la impregnan, hace más de medio siglo que rigen prácticamente las mismas estructuras procesales —al menos en el ámbito nacional y el de

(16) SUCUNZA, Matías, “Cooperación procesal en el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: ¿principio y/o modelo? Interpelaciones y prospectiva”, Revista de Derecho Procesal 2020-1: Los Principios Procesales, Editorial Rubinzal-Culzoni, RC D 2878/2020.

(17) MORELLO, Augusto Mario, “El proceso civil moderno”, Librería Editora Platense, La Plata, 2001, p. 165.

(18) MORELLO, Augusto Mario, “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2008 2 Tutelas procesales diferenciadas - I, RC D 1464/2012.

la provincia de Buenos Aires—, y posiblemente esta sea una de las causas que incide en los crecientes niveles de insatisfacción de los justiciables con el sistema de justicia, puesto que, ante desafíos nuevos, solo tenemos moldes viejos...

En tanto, los desarrollos de la doctrina y los esfuerzos de la jurisprudencia han ido generando cauces y herramientas más adecuados y eficientes, en sintonía con la conflictividad actual y la fisonomía de nuestra sociedad.

En algunos casos, el legislador optó por regular la tutela diferenciada (ej.: consumidores), mientras que en otros será el juez el que debe hacer operativos los mandatos constitucionales.

Entonces, antes de ver en concreto el grado de incidencia o gravitación que puede tener la colaboración procesal en cuanto a la eficacia, intentaremos explicar a qué nos referimos aquí cuando aludimos a una tutela procesal diferenciada.

En ese sentido, pensamos que el rótulo de “tutela procesal diferenciada” corresponde atribuirlo a procesos diferenciados no solo por la urgencia (19), sino también por el objeto tutelado (derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y/o los tratados internacionales de derechos humanos) y/o los sujetos pretendientes, merecedores de una especial protección. Se trata de procesos autónomos (no instrumental o accesorio de otro principal) (20), que requerirán la aplicación de técnicas orgánico-funcionales y procesales (21) en función de una

(19) Se señalan como supuestos de “urgencia” el habeas corpus, el amparo, el habeas data, los interdictos, las medidas autosatisfactivas, las resoluciones interinas anticipatorias, entre otras. Véase CARBONE, Carlos Alberto, “La tutela procesal diferenciada: opacidad conceptual y su repercusión en los procesos cualificados por la urgencia y la evidencia, subcautelares e infra o mini diferenciados”, Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2009 1 Tutelas procesales diferenciadas - II., RC D 2856/2012.

(20) PEYRANO, Jorge, “Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina”, Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2008 2 Tutelas procesales diferenciadas - I., RC D 2212/2012.

(21) BERIZONCE, Roberto O., “Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas”, Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2009 1 Tutelas procesales diferenciadas - II., RC D 3793/2012.

necesidad determinada y particular, que en muchos casos puede no encontrarse predeterminada, sino que será advertida en el caso en concreto.

Ahora bien, ¿cómo se manifiesta la colaboración procesal en el contexto de las tutelas diferenciadas?

Para intentar dar respuesta al interrogante planteado, iniciaremos el recorrido por la tutela de los consumidores, y el modo en que se vincula con la colaboración procesal, y en ese marco iremos haciendo algunos apuntes en relación con otras tutelas diferenciadas.

La desigualdad real con la que las partes arriban al proceso busca ser reequilibrada por medio de técnicas orgánico-funcionales y la exigencia expresa de colaboración en cabeza de quien resulta ser, comúnmente, la parte más fuerte de la relación jurídica sustancial y, además, suele contar con más información y material probatorio relativo a los hechos sobre los que versa la controversia.

La ley 24.240 establece en su art. 53: "...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio..."

El legislador impone el deber de colaboración. Prescribe una conducta positiva esperada y esperable. La colaboración que se requiere no es solo a nivel probatorio, sino incluso argumental, tratando de explicar adecuadamente el modo en que ocurrieron los hechos y los alcances de la relación sustancial, no resultando aceptable la conducta omisiva, reticente o simplemente pasiva.

La falta de colaboración puede engendrar una presunción en su contra (22). La extracción de

(22) En el mismo sentido señalaba Fenochietto que "en el proceso, no sólo tiene eficacia la manifestación de la voluntad, sino también el silencio, consistente en evasivas, admisiones de los hechos, falta de ofrecimiento de prueba y en general las actitudes omisivas, de conformidad con lo que se ha dado en llamar 'principio de autorresponsabilidad' que se imputa a quienes actúan ante la

inferencias derivadas de la ausencia de cooperación de la parte constituye una de las consecuencias prácticas más relevantes y más fáciles de reconocer del principio de colaboración procesal.

Debemos distinguir aquí el grado diferente de colaboración procesal exigida en este tipo de tutela. Si bien en los procesos clásicos o de tutela "ordinaria" la colaboración también está presente (23), el art. 53 de la ley 24.240 va más allá. La colaboración hacia el proceso y con la contraria es de grado tal que reduce el ámbito de manifestación de la estrategia defensiva que puede ser considerado aceptable o como legítimo ejercicio del derecho de defensa. Exige un obrar positivo que evidencie el apego a la conducta colaborativa exigida

Veámoslo con un ejemplo. En el proceso de conocimiento clásico entendemos que, si el demandado cuenta con un documento que podría "perjudicarlo", resulta aceptable que lo retenga y

jurisdicción" (FENOCHIETTO, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. 598.). En este sentido, en la jurisprudencia se ha señalado: "En el proceso, no sólo tienen eficacia la manifestación de voluntad, sino también las actitudes omisivas, de conformidad con lo que se ha dado en llamar 'principio de autorresponsabilidad'. Es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración) por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendores en el pleito, y que les previene, asimismo, el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional. En el caso, la conducta de mínima actividad de la demandada resulta corroborante de lo afirmado por la actora en el marco de la acción revocatoria, en el sentido que el obligado es insolvente y que ese estado lo ha sido con la intención de incumplir sus obligaciones, existiendo relación entre la transferencia de bienes y el estado de impotencia patrimonial (art. 962, Código Civil)." (Arias, Adolfo Agapito vs. Quaranta, Dante Juan s. Fraude y nulidad /// CCC Sala II, Azul, 06/2008; Rubinzal Online; RC J 1508/09).

(23) Ello se deduce, por ejemplo, de los efectos de la incontestación de la demanda, o de las contestaciones evasivas o meramente genéricas, en el sentido de generar una presunción favorable al relato de los hechos alegados por la actora, pudiendo el juez tenerlos por reconocidos, conforme lo prescripto en el art. 354 el Cód. Proc. Civ. y Com.

no lo presente en el proceso, a menos que le sea requerido judicialmente a instancias de la parte contraria (24). Su negativa a presentarlo, y ante la verosimilitud de su existencia y el requerimiento judicial expreso, genera una presunción en su contra en virtud del incumplimiento de la carga que le fuera impuesta (25).

En cambio, en el ámbito del proceso en el que se ventila un conflicto de consumo, el proveedor debe aportar todos los elementos que obren en su poder, y colaborar para lograr el esclarecimiento de los hechos controvertidos, aunque no le sea requerido ningún documento en concreto. Si el juez al valorar la conducta del proveedor entiende que no colaboró, o que no lo hizo en suficiente medida, podrá utilizar este comportamiento hacia el proceso, este incumplimiento, como un elemento convictivo que lo ayude a resolver el proceso.

En el proceso clásico, en líneas generales, basta con NO obrar de mala fe, mientras que en las tutelas diferenciadas se impone una responsabilidad mayor a una de las partes, en protección de los sujetos presumiblemente más vulnerables.

Ahora bien, volviendo a la tutela de los consumidores, más allá de la imposición del deber de colaboración al proveedor, en esta clase de procesos también se manifiesta con frecuencia lo que se conoce como carga dinámica de la prueba. A menudo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (26), se identifica la exigencia de

(24) Art. 388 Cód. Proc. Civ. y Com. - Si el documento se encontrare en poder de una [1] de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra.

(25) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires anotado y comentado. Tomo II: Arts. 385 a 863, Roland Arazi... (et al), 1era. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 18.

(26) A modo de ejemplo, se ha sostenido que: "El principio de colaboración es una flexibilización al principio de la carga probatoria que rige en el proceso civil, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos. El favor probationis o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la

colaboración procesal con la determinación de que quien tiene la carga de probar es aquel que está en mejores condiciones para hacerlo. Y si bien en muchas ocasiones puede haber coincidencia entre ambas situaciones, ello no siempre resulta así (27). En otras palabras, puede haber habido falta de colaboración de una de las partes, pero que no resulte necesario acudir a las reglas de la carga de la prueba, puesto que el juez ha logrado forjar su convicción respecto del modo en que ocurrieron los hechos; y lo mismo a la inversa.

Por nuestra parte, estimamos que la distribución asimétrica o dinámica de la prueba es tributaria del trabajo cooperativo que se propone para el proceso, especialmente en el contexto de las tutelas diferenciadas, y más allá de que la conducta colaborativa sea valorada en forma diferenciada por el juez al momento de sentenciar.

En definitiva, se destaca que la ley 24.240 no prescribe expresamente (aunque sí implícitamente) un esquema excepcional de carga de la prueba, como lo sería el de la carga dinámica (28), sino que establece el deber de co-

carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. (Municipalidad de la Ciudad de Corrientes vs. Carbo SA s. Apremio /// CCC Sala IV, Corrientes, Corrientes; 10/09/2014; Rubinzal Online; 25547/8; RC J 8507/14).

(27) Sobre el punto sugerimos la lectura atenta del trabajo de GIANNINI, Leandro, "Principio de colaboración y 'carga dinámica de la prueba' en el Código Civil y Comercial", La Ley, Buenos Aires, 2016-F.

(28) "Todo lo atinente a la tutela de los derechos del consumidor —desde la faz probatoria— se encuentra orientada a relevar o facilitar al consumidor la carga correspondiente. Prevalece el concepto que quien está en mejores condiciones de probar es el oferente, esto es, en función del principio de las cargas dinámicas de la prueba, se torna insoslayable un quehacer por parte del emisor de la oferta. Ello permite a la judicatura adjudicar el peso de la ausencia de colaboración contra la parte que poseyendo los medios para formar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos, se conforma con una pasiva negativa en los términos del art. 354, CPCC de la Provincia de Buenos Aires" [Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos vs. Bazar Avenida SA (Red Megatone) s. Materia a categorizar /// CCC Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; 10/07/2012; Rubinzal Online; RC J 5813/12].

laboración (29), y define la consecuencia de su incumplimiento, con prescindencia de que exista o no prueba suficiente para lograr la convicción del juez. La exigencia de colaboración a una parte no exige a la otra de acreditar, en todo o en parte, los presupuestos de hecho de su pretensión o defensa, y si se pretendiera hacer uso de la regla de la carga dinámica de la prueba, el juez debería anticiparlo a las partes oportunamente, en resguardo de su derecho de defensa (30).

Por otra parte, la aplicación del principio de cooperación reperfila la dinámica dialogal que tendrá el proceso (31). Las partes tienen la carga de prestar colaboración para el avance del proceso, y para el esclarecimiento de los hechos alegados por las partes, sin que haya lugar para comportamientos evasivos, “chicaneros”, obstruccionistas, tendientes a aprovechar las desventajas o debilidades de la contraria. Pero este comportamiento, esta actitud hacia el conflicto no debe esperarse exclusivamente del demandado —en este caso el proveedor—, sino que todos los sujetos intervinientes en el proceso

(29) En este mismo sentido, ROSALES CUELLO, Ramiro, MÉNDEZ ACOSTA, Segundo J., "Lo definitorio del amparo de salud", LA LEY, 2020, Cita Online: AR/DOC/3143/2020.

(30) En ese sentido, en una interesante sentencia se sostuvo lo siguiente: "...Se ha juzgado que el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. De tal forma, toda negativa genérica, silencio, reticencia o actitud omisiva creará una presunción en su contra (SCJBA, GAC c. Pasema SA y otros S/ Daños y Perjuicios, del 1/04/2015). Empero, tal concepción no releva la prueba del daño, cuya producción incumbe a los damnificados que pretenden hacer valer la responsabilidad del deudor. Es por ello que, para que proceda el resarcimiento de daños y perjuicios, debe acreditarse que tales han existido y son consecuencia directa e inmediata de un obrar negligente imputable a quien se atribuye su producción. Pues -reitérese- el daño indemnizable no puede ser eventual o hipotético, debe ser cierto en punto a su existencia presente o futura...". (sentencia de mérito dictada el 3 de julio de 2018 por el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 10 en autos "PADEC c. Telecentro SA s/ Sumarísimo" —Expte. N° COM 61175/2009—).

(31) BERIZONCE, Roberto O., "Las estructuras cooperativas y consensuales de normatividad: ¿Hacia la superación de la 'cultura del litigio'?", Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2017-2. Los contratos y el negocio jurídico procesal, RC D 1908/2017.

(incluido el juez, la parte presumiblemente más débil, los auxiliares de justicia, etc.) deben operar en el marco de una lógica distinta.

A partir del reconocimiento de la necesidad de utilizar una tutela procesal diferenciada, ya sea por los derechos en juego (32), por los sujetos involucrados (33), o ambos, la exigencia de colaboración se impone para todos, aunque esta se manifieste de modo diverso. Así, en este caso al proveedor se le impone un accionar positivo (34) (“aportar... todos los elementos de prueba que obren en su poder”), mientras que al consumidor se le impone el deber genérico de cooperar, así como también evitar el abuso del derecho y del proceso (35) (obligación de no hacer).

El ensanchamiento de los poderes-deberes del juez también tiene relación directa con el mayor nivel de exigencia de colaboración procesal. El juez utilizará diferentes herramientas procesales para reequilibrar la situación de las partes en el proceso, derivada de la desigualdad con la que arriban al proceso, sin que ello implique generar un nuevo desequilibrio, ni consagrar el reconocimiento de derechos derivados de comportamientos abusivos o fraudulentos que otorgue un poder desproporcionado a la contraria.

En materia de tutela ambiental, por ejemplo, el legislador ha dotado al juez de poderes más amplios, con el objeto de que adopte todas las medidas necesarias para proteger efectivamen-

(32) Derechos de los consumidores, ambiente, salud, etc.

(33) Niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad, mujeres, adultos mayores, etc.

(34) "El principio de colaboración impone cada vez más la necesidad de exigir a las partes conductas positivas dentro del proceso. El quebrantamiento de este deber ser de colaboración configurado por una conducta omisa, en punto a posibilitar la demostración de sus afirmaciones, debe jugar contra el infractor, a la hora de decidir". (Banco de la Provincia de Corrientes vs. Cossara, Antonio Javier y otra s. Ordinario /// STJ, Corrientes; 31/10/1995; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Corrientes; RC J 6352/13).

(35) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "El abuso del proceso y la tutela procesal diferenciada del consumidor", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Tomo: 2014-1 Abuso del proceso, RC D 357/2016.

te el interés general. Las partes (y sus intereses personales) pasan a un segundo plano, y el proceso se pone en función de la tutela del ambiente. La tutela diferenciada en este caso se define esencialmente por el objeto de ribetes colectivos, y no tanto por el sujeto eventualmente vulnerable.

Cuando estamos frente a una tutela diferenciada, a lo largo de todo el proceso se produce una suerte de alteración del equilibrio clásico de los principios procesales (36), de forma tal de proteger más eficazmente lo que hace que esta tutela deba ser "distinta". Ello se logra flexibilizando el principio de congruencia, maximizando la instrumentalidad de las formas, atenuando aún más el dispositivo, y acentuando fuertemente el de colaboración (37).

Estos ajustes de sintonía se deben producir ya sea que el legislador lo exija expresamente o no.

(36) "Son principios básicos del proceso colectivo ambiental, en una enumeración genérica: 1) principio dispositivo atenuado por los mayores poderes conferidos al juez; 2) instrumentalidad y adecuación de las formas; 3) acentuación de los deberes de colaboración de las partes y carga dinámica de la prueba; 4) máximo rendimiento y efectividad de la tutela. Todos ellos giran en torno de un factor esencial, cual es el rol y las misiones del juez en los procesos colectivos. (Del voto de la Dra. Sierra de Desimoni)" [Arias, Neri Juliana vs. Dirección Provincial de Energía de Corrientes (DPEC) y otros s. Acción de amparo ambiental /// CCC Sala I, Corrientes, Corrientes; 07/06/2013; Rubinzal Online; RC J 12465/13].

(37) "En materia de amparos ambientales, la carga de la prueba se halla invertida. En tal sentido, tratándose de una prueba pericial "imprescindible" para resolver la presente causa, corresponde exigir a la demandada que cumpla el deber de colaboración, aportando los fondos necesarios para su producción. En el caso, en tanto se trata de una prueba pericial dispuesta por el Tribunal (art. 32, Ley 25.675), y no sólo solicitada por la parte, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la demandada (Dirección Provincial de Energía de la Provincia de Corrientes). La conducta remisa o renuente por parte de la demandada es señal de la inobservancia del deber de colaboración y quiebra el principio de buena fe en el procedimiento, por lo que, en caso de no colaborar económicamente para la producción de la prueba, el Tribunal —al momento de sentenciar— se encontrará habilitado para tener en cuenta tal negativa como una fuerte presunción en contra de la entidad demandada". (Cosimi, María del Carmen vs. Dirección Provincial de Energía de Corrientes s. Acción de amparo ambiental /// CCC Sala IV, Corrientes, Corrientes; 10/10/2007; Rubinzal Online; RC J 914/08).

La tutela diferenciada es tal porque el objeto y/o el sujeto requieren un tratamiento diferenciado, en el caso concreto, y más allá de que el legislador defina el qué, el cómo o el cuándo.

La tutela procesal diferenciada puede estar estructurada en forma previa por el legislador, o puede requerir del juez un rol más exigido, un activismo comprometido que resguarde adecuadamente los derechos y garantías de las partes, pero que reequilibre el caso concreto, y procure otorgar una tutela judicial efectiva, conjugando apropiadamente los postulados del acceso a la justicia, la simplificación de los trámites, la aceleración de los tiempos del proceso, el deber de decir verdad, entre otros (38).

Por último, luego de haber analizado distintos aspectos que hacen a la vigencia del principio de colaboración en el proceso, haciendo foco en el diferencial que se expresa en las tutelas diferenciadas, nos referiremos brevemente a la etapa de ejecución. Consideramos que en esta etapa la obligación de verdad debe jugar un rol preponderante, especialmente en aquellos procesos en los que se requiera una tutela diferenciada, ya sea por el aspecto sustancial del conflicto que se dirime ante la jurisdicción, o por la tutela preferente que se le reconoce a los sujetos titulares de los derechos litigiosos.

Si bien en nuestro país no estamos acostumbrados a prestar la debida atención a la etapa de ejecución, y nos mantenemos callados frente a su llamativa ineficacia, lo cierto es que no existe peor daño al derecho a la tutela judicial efectiva que obtener una sentencia que no será satisfecha, ni contará con mecanismos rápidos y eficaces para lograr su cumplimiento compulsivo.

De nada vale que durante el proceso se hayan aplicado técnicas y herramientas diferenciales, tendientes a proteger especialmente al derecho en conflicto, exorbitando los poderes del juez y exigiendo mayor colaboración de las partes y de terceros, si luego de obtenida la sentencia la tutela se homogeniza, dejando de ser diferencia-

(38) VILLA, P. Sebastián, "Notificación de demanda por WhatsApp, en resguardo de la tutela judicial efectiva". Comentario al fallo "D. C. A. vs. A. H. s. Alimentos", C2a CC Sala I, La Plata, Buenos Aires, 04/08/2020. Publicado en el Boletín de Doctrina de la Editorial Rubinzal Culzoni del 05/10/2020. Cita: RC D 3150/2020.

da, y nada cambia en relación con lo que ocurre en el proceso clásico.

En realidad, en todo proceso se debería procurar la adopción de medidas que tornen real y posible la satisfacción del interés del acreedor, evitando sacrificios innecesarios para el deudor. Empero, si estamos frente a una tutela diferenciada se incrementa fuertemente la necesidad de contar con una etapa de ejecución eficaz, y el ensanchamiento de poderes del juez y la exigencia de colaboración de las partes, del juez y de terceros, resulta esencial (39).

En efecto, más allá de la necesidad de obtener una sentencia que tutele adecuadamente, y en un plazo razonable, es preciso que el juez y las partes cooperen para la efectivización de lo decidido. Así, el juez puede dictar mandatos positivos en un contexto de acompañamiento en el cumplimiento, exigiendo a ambas partes la colaboración recíproca (40).

Cuando se trate de una condena a dar una suma de dinero, el juez debería exigir al obligado que informe cuál es su situación patrimonial, para de ese modo facilitar el cumplimiento efectivo de la sentencia (41). Existen varias ex-

(39) VILLA, P. Sebastián, "La ejecución forzada en la era de la información". Algunas experiencias en Argentina y en la Unión Europea, publicado el 26/05/2014, eDial DC1CD1.

(40) "Dado que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite de restitución de menores, corresponde exhortar a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de evitarles una experiencia aún más conflictiva, sosteniéndolos con el mayor de los equilibrios, evitando su exposición pública psicológica, dando pronto cumplimiento a la restitución con una actitud de acompañamiento y asegurando la asiduidad de contacto entre todos los integrantes de la familia". CS, 22/08/2012, "G., P. C. c. H., S. M. s/reintegro de hijo", Fallos 335:1559. LA LEY, LXXVI, 7; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (septiembre), 39; DJ 17/10/2012, 26; LA LEY, 05/11/2012, 6 con nota de Liliana Etel Rapallini; LA LEY, 2012-F, 209 con nota de Liliana Etel Rapallini; DFyP 2012 (noviembre), 128 con nota de Mónica Graiewski; JA, 2012-11-07, 34; TR LALEY AR/JUR/40804/2012.

(41) PEYRANO, Jorge W., "El proceso civil: Una empresa común. El deber de información patrimonial del deudor en el seno de un proceso", publicado el 10/02/2011, TR LALEY AR/DOC/320/2011.

periencias en ese sentido en el derecho comparado, destacándose los casos de Alemania y España, mientras merece especial atención las medidas relativas a la transparencia de los activos patrimoniales de los deudores en el ámbito de la Unión Europea (42).

Si se tratara de condenas a hacer o no hacer, el acompañamiento, la fijación de audiencias y el control periódico con el eventual dictado de resoluciones que dispongan ajustes al modo de cumplimiento y/o apercibimientos y sanciones, son técnicas de trabajo cooperativo que pueden incidir en la eficacia de la resolución. Ello puede resultar útil en procesos relacionados con la tutela medioambiental, con la tutela preventiva dirigida a usuarios y consumidores, entre otros.

IV. Palabras finales

Cada vez más advertimos que la colaboración procesal resulta necesaria para la obtención de un proceso justo y eficaz.

Sin embargo, cuando en el caso concreto se trate de tutelar sujetos especialmente vulnerables o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y/o los tratados internacionales de derechos humanos, exista legislación procesal específica o no, el juez verá ensanchados sus poderes-deberes por imperativo constitucional, y deberá aplicar diversas técnicas que permitan lograr la tutela judicial efectiva en un plazo razonable. Mas el resultado esperado no dependerá exclusivamente del juez, sino que se tratará de una faena que involucra, interesa y depende inexcusablemente de todos los sujetos directa o indirectamente involucrados.

La colaboración procesal, entonces, es algo más que una conducta esperable o deseable, y su exigencia deviene imprescindible en el contexto de las tutelas diferenciadas.

(42) La Resolución sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores [2008/2233(INI)] fue aprobada por el Parlamento el 22/04/2009. Ver la norma publicada en el Diario Oficial de la UE en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:184E:0007:0011:ES:PDF>.

El deber de colaboración probatoria del proveedor como técnica idónea para una tutela procesal diferenciada del consumidor

Dante Emmanuel Páez Pacheco

Sumario: I. Introducción: la vulnerabilidad como una nueva perspectiva de análisis.— II. La vulnerabilidad del consumidor.— III. La tutela judicial efectiva del consumidor.— IV. Técnicas procesales.— V. El deber de colaboración probatoria del proveedor.— VI. El deber de colaboración probatoria: debate conceptual.— VII. Conclusión.

I. Introducción: la vulnerabilidad como una nueva perspectiva de análisis

De un tiempo a esta parte, en la doctrina y la jurisprudencia adquirió preponderancia un enfoque de análisis que modificó la mirada al abordar los reclamos de personas que, por una determinada condición personal o una situación específica, no pueden ejercer sus derechos en un plano de igualdad con relación al resto de los individuos. La aparición de la perspectiva de vulnerabilidad surgió como una respuesta posible para la instrumentación de ciertos correctivos que buscan atenuar las consecuencias del contexto de desigualdad imperante de nuestros días.

Cabe destacar que la noción de vulnerabilidad no es, en sentido estricto, una noción jurídica, sino que paulatinamente adquirió tal dimensión (1), siendo incontrovertible su presencia no solo en el plano legislativo sino también jurisprudencial y doctrinal. En vista de ello, no es casualidad que se haya sostenido que el enfoque mencionado "...ofrece una nueva forma de (re)pensar la relación del ser humano con el Otro y con su sociedad. Por la

(1) FULCHIRON, Hughes, "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables" en "Tratado de la Vulnerabilidad" -directores Basset U, Hugues F, Bidaud Garon C., Lafferrière, Ed. La Ley, CABA, 2017, p. 4.

importancia de la visión que ofrece, los juristas deben aproximarse a ella, pues brindará un nuevo campo de aplicación del derecho, no solamente a partir de las personas vulnerables, sino de la identificación de los contextos de vulneración" (2). Concretamente, la trascendencia que tiene esta perspectiva radica en que ofrece un nuevo eje transversal de análisis y aplicación de los derechos fundamentales (3), principalmente, interpela a una nueva lectura sobre el principio de igualdad, ya que le proporciona un contenido que otrora no tenía, coadyuvando a su transición desde una noción formal hacía una conceptualización más renovada (4).

Tradicionalmente, el principio de igualdad se comprende a través del principio de no dis-

(2) BURGORGUE-LARSEN, Laurence, "La vulnerabilidad comprendida desde la filosofía, la sociología y el derecho. De la necesidad de un diálogo interdisciplinario", en Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, México, N° 1, 2014, p. 121.

(3) BASSET, Úrsula C., "La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en "Tratado de la Vulnerabilidad" - directores Basset U, Hugues F, Bidaud - Garon C., Lafferrière, op., cit., p. 19.

(4) *Ibidem*, p. 20

criminación, el cual veda cualquier posibilidad de justificar un trato diferenciado recurriendo a un criterio de distinción irrazonable, como el género, la nacionalidad, la religión, etc. Si bien esta conceptualización tiene sus virtudes, pues permite evitar que el Estado tome decisiones en base a perjuicios e ideas estigmatizantes, no está exenta de críticas. Es que, como explica Roberto Saba, este enfoque no permite eludir los efectos desiguales de prácticas aparentemente neutrales (5). Su proyección individualista no toma en cuenta la pertenencia de las personas a grupos históricamente postergados en el ejercicio de sus derechos, limitándose —únicamente— a distinguir, en cada caso en concreto, tratos diferenciados arbitrarios. De allí que, su punto de vista no constituya un campo fértil para el desarrollo de propuestas que busquen evitar la consolidación de la exclusión.

En este escenario, una visión que permita percibir las semejanzas y diferencias en los hechos para ajustar las categorías legales al caso concreto (6), como la que ofrece la perspectiva de vulnerabilidad, resignifica el concepto de igualdad, lo cual, a nivel práctico, se traduce en una exigencia que interpela al derecho a brindar una respuesta diferenciada para corregir la situación de inferioridad en que se encuentran las personas vulnerables (7).

(5) SABA, Roberto, "Mas allá de la igualdad formal ante la ley", Siglo XXI, Buenos Aires, 1ª edición, p. 52.

(6) BASSET, Úrsula, op. cit., p. 25.

(7) Para determinar quiénes se consideran personas vulnerables, las "Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" aportan una definición amplia, en su Capítulo 1, sección segunda, a saber "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico". Para precisar sobre los colectivos vulnerables a los ojos de la Corte IDH se recomienda la lectura de "Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia

La cuestión de adoptar un nuevo enfoque no es menor si se repara en la realidad nacional, la cual se encuentra signada por situaciones de desigualdad estructural en donde determinados grupos vulnerables no pueden ejercer libremente sus derechos. De hecho, un marco de análisis distinto puede poner de manifiesto la necesidad de la intervención estatal para remediar la situación de exclusión que padecen los vulnerables. Pues bien, se recuerda que es un deber del Estado asegurar el libre ejercicio de los derechos humanos, lo cual requiere emprender acciones positivas reparadoras so pena de incurrir en una discriminación solapada de estos grupos sojuzgados. Dicho sea de paso, la inescindible relación que existe entre discriminación y vulnerabilidad ha sido destacada por la propia Corte IDH, la cual estableció que "el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley" (8). Inclusive, desde la doctrina, se señaló que el Estado debe realizar todo lo que este a su alcance, efectuar todos los ajustes razonables para garantizar las condiciones necesarias para que la persona vulnerable pueda ejercer sus derechos de la misma manera que el resto de los miembros de la unidad social (9).

Con todo esto se quiere poner de relieve que adoptar una perspectiva de vulnerabilidad, que dote de un nuevo contenido al principio de igualdad, necesariamente acarrea como consecuencia el diseño de instrumentos jurídicos que permitan corregir la situación de asimetría

transforma de la Corte IDH" disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13940>.

(8) Corte IDH, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay". Fondo, Reparaciones y Costas, sentenciado el 29/03/2006.

(9) SOSA, Guillermina Leontina, "Perspectiva de vulnerabilidad y trascendencia del principio del *effet utile*", LL Cita online: AR/DOC/3106/2019. También puede consultarse de la misma autora: "Sujetos vulnerables: Ajustes en el proceso y en la interpretación del derecho" LL Cita online: AR/DOC/1959/2018; "Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables", LL Cita online: AR/DOC/769/2017.

en que se encuentran las personas vulnerables. Dicho esto, con estas breves líneas quiere resaltar que la vulnerabilidad exige una respuesta diferenciada del derecho, de lo contrario, el Estado estaría discriminando a quienes integran esta categoría. Más adelante, se avanzará en la noción de vulnerabilidad propia del consumidor, en las respuestas que el derecho debe ensayar para asegurar su derecho a la tutela judicial efectiva, haciendo hincapié principalmente en un instrumento de corrección en particular, a saber: el deber de colaboración del proveedor (art. 53, párr. 3, LDC).

II. La vulnerabilidad del consumidor

A lo mencionado en el punto anterior, cabe agregar que la vulnerabilidad se concibe como un estado de riesgo en el que se encuentra una determinada persona o grupo o clase (10), es decir, como una situación permanente o provisoría que fragiliza y debilita a uno de los sujetos de la vinculación jurídica, colocándolo en una posición asimétrica con relación al otro polo de la relación (11). La persona vulnerable es aquella que puede ser herida, de allí que la noción de vulnerabilidad trasunta la idea de debilidad y fragilidad, categorías que, a su vez, sugieren el diseño de herramientas de protección (12) para evitar ese peligro.

En el contexto actual de la sociedad de consumo, donde el acto de consumir implica mucho más que satisfacer una necesidad concreta, donde la moda y la producción de estereotipos de consumo son predominantes, donde se genera y promueve la necesidad de adquirir productos a través de estrategias de publicidad agresivas, donde la construcción del poder de marca y la masificación del crédito son predominantes (13), luce claro que el consumidor se encuentra en un escenario fáctico condicionante y potencialmente lesivo (14), que lo coloca

en una situación de vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores. El consumidor no es una persona vulnerable en virtud de un factor coyuntural, contingente o pasajero, todo lo contrario, su debilidad es un efecto negativo del esquema socioeconómico actual, o, como bien señala Lorenzetti, es producto de un desajuste en el sistema de reglas del mercado (15). En sentido idéntico, Frustagli explica que ese estado de riesgo estructural surge del propio rol que ocupa el consumidor (16). Con esta noción, la autora pone de relieve que la vulnerabilidad es un rasgo inherente del consumidor, de tal magnitud que la propia categoría jurídica de consumidor se comprende a partir este elemento estructurante y el destino final de los bienes incorporados para beneficio propio o de su grupo familiar o social (17).

Para tomar real dimensión del estado de riesgo en el que se encuentran los consumidores en sus relaciones con los proveedores, piénsese en el distinto grado de conocimiento que tiene aquel con respecto a los productos que adquiere, o adviértase su nimio poder de negociación en virtud de la instrumentación de los negocios jurídicos a través de cláusulas pre-dispuestas, o en su vulnerabilidad psicológica producida por los efectos de la publicidad, las prácticas comerciales, la obsolescencia percibida, etc. (18). A todo ello, agréguese la aparición de nuevos esquemas de comercialización que paulatinamente van tomando forma en el mercado, y cuya complejidad supera por mucho las vicisitudes de una simple operatoria tradicional. Reflexiónese, como señala Chamatropulos, sobre cómo afectarán en la vida del consumidor, el uso de la inteligencia artificial, la tecnología

—Coordinador Rusconi Dante D.—, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 1ra. edición, p. 10.

(15) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 37.

(16) FRUSTAGLI, Sandra A., "Subconsumidores o Consumidores especialmente vulnerables: hacia la acentuación del principio protectorio" en "Protección jurídica de los subconsumidores", Juris, Rosario, 2017, 1ra. edición, p. 41.

(17) *Ibidem*, p. 42.

(18) Para una enunciación detallada de las distintas facetas de vulnerabilidad que son connaturales al consumidor puede verse BAROCELLI, Sergio S., "Consumidores hipervulnerables", ob. cit., ps. 12/15.

(10) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 2da. edición, p. 35.

(11) BAROCELLI, Sergio S., "Consumidores hipervulnerables", El Derecho, CABA, 2018, 1era. edición, p. 11.

(12) FULCHIRON, Hugues, op. cit., p. 3.

(13) BAROCELLI, Sergio S., op. cit., p. 10.

(14) RUSCONI, Dante D., "Esencia del Derecho del Consumidor" en "Manual de Derecho del Consumidor",

blockchain, las criptomonedas, la operatoria de los emprendimientos empresariales formados en un esquema de economías colaborativas, etc. (19).

Ante este escenario, lo primero que debe tenerse presente es el microsistema de protección que fue conformándose con el objeto de brindarle una tutela adecuada al consumidor. Específicamente, este plexo normativo se compone por la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) —en adelante LDC—, la Ley de Lealtad Comercial (22.802), la Ley de Defensa de la Competencia (25.156), y cuya piedra angular lo constituye el art. 42 de la CN. A este conjunto debe sumársele las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial (20), así como las leyes tendientes a regular situaciones en particular que generalmente pueden configurarse en las relaciones de consumo (cfr. ley 25.065 “Ley de tarjeta de crédito”, o las leyes 14.574, 18.820, 18.829 y 19.918 que regulan el contrato de turismo) (21).

El objeto de este microsistema de protección radica en intervenir en la situación de desequilibrio ya mencionada, lo cual, como señala Stiglitz, no es más que la asunción por parte del derecho de su función natural de atender a quie-

nes ocupan los planos inferiores, para otorgarles una protección más intensa que la brindada a quienes ocupan planos superiores (22). De hecho, Barocelli caracteriza esta intervención por parte del derecho como intensa, más precisamente, de carácter indeclinable porque al ser la vulnerabilidad del consumidor de índole estructural, sin que se admita prueba en contrario, esta protección no puede abandonarse bajo el pretexto que en determinadas situaciones peculiares la tutela no es necesaria. Además, es una intervención amplia, toda vez que el paraguas protectorio se despliega para todos los consumidores de bienes o servicios sin distinción, es una tutela que funciona *in abstracta*, es decir, “... sin atender a ninguna situación particular a la hora de su configuración” (23).

Con todo, a la situación de vulnerabilidad intrínseca del consumidor, cabe agregarle una variable más, que desde hace un tiempo constituye materia de estudio de la doctrina (24), esto es, la existencia de grupos de consumidores que son particularmente más débiles que el consumidor promedio, y que, como tales, se encuentran en situación de mayor fragilidad que demanda la instrumentación de una tutela preferente por parte del Estado (25). La catego-

(19) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Estaduto del consumidor comentado", La Ley, CABA, 2da edición, p. 15.

(20) A propósito de las relaciones entre la LCD y el Cód. Civ. y Comercial, debe destacarse que para determinada doctrina el Código avanza sobre la regulación en materia de consumo produciendo un quiebre respecto del sistema tuitivo, ya que "luego de su sanción quedan conformados dos regímenes a partir de los cuales se regulan las relaciones de consumo, generando la necesidad de nuevas interpretaciones integradoras, existiendo contradicciones, y creemos que retrocediendo respecto de los avances tuitivos logrados" (cfr. LOVECE, Graciela, "La prueba en las relaciones de consumo", Rubinzal Online, Cita: RC D 1256/2017).

(21) QUAGLIA, Marcelo C., "El desequilibrio relacional y del orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza). La equidad en el ámbito del Derecho del Consumidor" en "Tratado del Derecho del Consumidor", Tomo I, La Ley, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41885107/v1/document/1A27DF16-60F2-F18C-15DC-28EC-5C7F64B5/anchor/84E07F47-8E51-CD2F-676E-AFC152648FB2>.

(22) STIGLITZ, Gabriel, "Evolución del Derecho del Consumidor en Argentina" en "Tratado del Derecho del Consumidor", Tomo I, La Ley, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41885107/v1/document/1A27DF16-60F2-F18C-15DC-28EC-5C7F64B5/anchor/84E07F47-8E51-CD2F-676E-AFC152648FB2>.

(23) BAROCELLI, Sergio S., ob. cit., p. 13.

(24) De hecho, prestigiosos autores sostienen que la categoría de consumidor hipervulnerable emerge implícita del dialogo de fuentes al que invita el Código Civil y Comercial de la Nación con la Constitución y los Tratados Internacional de Derechos Humanos (cfr. HERNÁNDEZ, Carlos - JAPAZE, María Belén - OSSOLA, Federico - SOZZO, Gonzalo - STIGLITZ, Gabriel A., "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", LL Cita online: AR/DOC/592/2021).

(25) Por otro lado, no puede dejarse de destacar que el "Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor" elaborado por la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, creada en el marco de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación y del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En esa línea, como novedad

ría de los consumidores hipervulnerables (26) engloba a "...aquellos consumidores a los que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores se le suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias" (27). Con relación al tópicico, cabe destacarse que, debe precisarse que la hipervulnerabilidad (en las relaciones de consumo) y los factores que la generan o la hacen evidente, no pueden analizarse en abstracto o desvinculados de las circunstancias del caso concreto (28).

La importancia de distinguir o identificar estos grupos de hipervulnerables radica en visibilizar la presencia de un conjunto de individuos que se encuentran en una especial situación de desigualdad en comparación con el resto (29), lo cual, a su vez, importa reconocer que están mucho más impedidos de ejercer libremente sus derechos. Ahora bien, para su identificación, una opción posible, es detenerse en la categoría de individuos sobre los cuales nuestra Carta Magna ordena realizar medidas de acción positivas para garantizar una real igualdad de trato. Así pues, puede mencionarse a los niños, las mujeres los ancianos, las personas con dis-

legislativa puede mencionarse que en el Anexo A del "Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en su Título I, de la Parte General se recepta expresamente la conceptualización de consumidor hipervulnerable. Igualmente, por su importancia debe mencionarse la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación destinada a la protección de "consumidores hipervulnerables", que tiene por objeto brindar un tratamiento especializado y expedito además de atención prioritaria a los conflictos que afligen a las personas con vulnerabilidad agravada.

(26) Para un desarrollo exhaustivo de los antecedentes que existen a nivel internacional, puede consultarse "Subconsumidores o Consumidores especialmente vulnerables: hacia la acentuación del principio protectorio", ob. cit., pp. 44/45.

(27) BAROCELLI, Sergio S., ob. cit., p. 16.

(28) RUSCONI, Dante D., "Consumidores hipervulnerables, claroscuros de una regulación redundante", LL Cita online: AR/DOC/2824/2020.

(29) KALAFATICH, Caren-Mendieta Ezequiel, "El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino", El Derecho, Cita Digital: ED-CMXXIII-230.

capacidad (art. 75, inc. 23) y los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17) (30). Todo ello, sin perjuicio de advertir que, como la situación de hipervulnerabilidad es por esencia dinámica y relacional, el abanico de sujetos objeto de protección puede expandirse.

En este contexto, luce claro que adoptar una perspectiva de vulnerabilidad, de índole correctiva y reparadora, como se mencionó más arriba, significa concientizar que en determinados casos debe acudir a dispositivos de protección específicos, ya que la aplicación de correctivos generales, sin distinguir estos supuestos de hipervulnerabilidad puede desencadenar supuestos de desprotección o infra protección. Por último, cabe mencionar que, si bien la LDC no contiene una disposición específica sobre esta especial categorías de consumidores, ello no constituyó un obstáculo para que esta categoría jurídica haya adquirido vigencia en la jurisprudencia (31).

(30) BAROCELLI, Sergio S., ob. cit., p. 27.

(31) Recientemente, la jurisprudencia ponderó que "en el caso bajo examen nos encontramos frente a un adulto mayor que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d). Dicha brecha, hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno. Esta cuestión, permite considerar a aquellos como consumidores hipervulnerables (conf. Resolución 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación). Así, el encuadre de la relación jurídica en el marco del derecho del consumidor sobre el que se da cauce a la acción principal coloca al actor en un marco protectorio especial, ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria". (cfr. CFed. de Apelación de Bahía Blanca, Sala I, "Reimondi, José Antonio vs. Banco Nación Argentina s. Ley de Defensa del Consumidor - Incidente de apelación", 27/05/2021; Rubinzal Online; 10716/2020; RC J 3795/21). En otro precedente, se estableció que "No pasa inadvertido que K. es un 'consumidor hipervulnerable', es decir, extremadamente frágil (...), situación que reclama una protección más intensa, en consonancia con la que establecen los Tratados Internacionales a los que hice referencia anteriormente (conf. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19). Su vulnerabilidad, como ya dije, se apoya no solo en su condición de mujer, sino también en su edad, que supone mayor indefensión para hacer frente a los problemas que acarrea la vida..." (CNCiv., Sala M, "A., C. H. y otro c. Fundación Educar s/daños y perjuicios", 01/07/2020, LL, Cita online: AR/JUR/31354/2020).

En resumen, con estas breves líneas se puede apreciar que, en el escenario socioeconómico actual, el consumidor es un sujeto vulnerable que el derecho debe proteger, y que tal protección tiene que ser más robusta en casos de hipervulnerabilidad. Además, esa tutela tiene que funcionar en un doble nivel. Por un lado, mediante el reconocimiento de derechos sustanciales que permitan corregir su posición desventajada en comparación con el proveedor (derecho a la información, derecho a un trato equitativo y digno, prohibición de cláusulas abusivas, etc.), y, por otro lado, a través de la instrumentación de técnicas procesales (32) que permitan efectivizar su derecho a la tutela judicial efectiva.

III. La tutela judicial efectiva del consumidor

Antes de avanzar en el estudio de las técnicas procesales destinadas a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor, es necesario, desde un enfoque tripartito (33), pasar revista por el contenido de este derecho. El derecho a la tutela judicial se compone de tres elementos, a saber: *i*) el derecho a acceder a la justicia, *ii*) el derecho a obtener una sentencia fundada, *iii*) el derecho a la ejecución de la resolución judicial (34). Sobre el primer elemento

(32) Se emplea el término técnicas procesales en el sentido que lo usa Berizonce, como dispositivos que juntamente con las técnicas orgánico-funcionales permiten configurar tutelas diferenciadas (cfr. BERIZONCE, Roberto O., "Fundamentos y confines de las tutelas diferenciadas", Rubinzal Online, Cita: RC D 1139/2012).

(33) GRILLO IRIDE, Isabel, "La tutela judicial efectiva como garantía de los derechos de los consumidores: la mirada constitucional", 23/10/2019, El Derecho, Cita Digital: ED-DCCLXXI-7.

(34) En un sentido diferente, otros autores sostienen que es el derecho de acceso a la justicia el que contiene esta composición tripartita, no el derecho a la tutela efectiva. Así pues, De la Rosa sostiene que el derecho acceso a la justicia constituye el conjunto de condiciones por las cuales un sujeto de derecho lleva ante un órgano previamente investido de la potestad jurisdiccional un conflicto, a fin de provocar una resolución racional y fundada, es decir motivada en la legítima comprobación de los hechos y acorde al derecho aplicable al caso concreto. (cfr. LA ROSA, Mariano, "Acceso a la Justicia. Debido Proceso y la defensa en juicio en movimiento", Editorial Fabián Di Plácido, Cita online: <https://fabiandiplacido publica. la/reader/acceso-a-la-justicia-el-debido-proceso-y-la-defensa-en-juicio-en-movimiento?location=11>).

integrante, no es más que el derecho a ser parte en el proceso y promover la actividad jurisdiccional, es decir, consiste en la apertura de la jurisdicción para que los miembros de la sociedad puedan hacer valer sus derechos (35). El segundo componente tiene por objeto asegurar que el justiciable obtendrá un pronunciamiento razonado basado en los hechos alegados en el proceso, más allá de que la decisión recepte o no su pretensión. Por último, el tercer núcleo integrante posa su importancia en la eficacia de la solución, esto es, en que la resolución se cumpla (36).

El despliegue del derecho a la tutela judicial efectiva exige un compromiso de los tres poderes del Estado. No solo corresponde al Poder Legislativo el diseño de dispositivos o mecanismos procesales que permitan sortear los obstáculos que pueden coartar este derecho, sino también incumbe a los magistrados efectuar ciertas acciones para tal cometido. Ante el interrogante de cómo pueden los jueces llevar a cabo tal cometido, se recuerda que, la protección de la vulnerabilidad puede instrumentarse por vía hermenéutica, mediante una interpretación normativa de la cual surjan soluciones que funcionen como correctivos de la posición de inferioridad del vulnerable. En efecto, "la hermenéutica jurídica tiene un valor transformativo que el Estado no puede soslayar en tanto que obligado a la igualdad y no discriminación de los grupos vulnerables" (37).

De ese modo, la erradicación de las barreras no solo debe realizarse a través de los mecanismos o técnicas procesales específicas que el marco protectorio provee. El magistrado también puede, insuflando nuevos aires a institutos procesales tradicionales, contribuir a robustecer la tutela del consumidor en este aspecto (38). En los conflictos de consumo, esa tarea

(35) MARRAMA, Silvia, "El acceso a la justicia de persona en condición de vulnerabilidad", El Derecho, Cita Digital: EDDCCLXXVII-803.

(36) GRILLO, Iride Isabel, ob. cit.

(37) BASSET, Úrsula, ob. cit., p. 29.

(38) A propósito del tópico, en un razonamiento que no debe ceñirse exclusivamente al derecho a la jurisdicción, recuérdese que la Corte IDH en el caso "Cantos vs Argentina" específicamente refirió que el art. 8 consagra

a cargo del juez resulta imperiosa, pues ante la ausencia de un procedimiento específico (39), el consumidor debe litigar en una estructura procesal edificada sobre la idea de que las partes no arrastran asimetrías preexistentes (40), lo que acarrea un latente peligro de revictimización, dado que el proveedor —generalmente— intentará capitalizar su natural posición de ventaja cuando intervenga en el proceso. Por consiguiente, el magistrado debe asumir un papel proactivo donde no le sea indiferente la circunstancia de que la aplicación de las reglas del proceso civil clásico a los conflictos del consumo puede traducirse en un perjuicio para el consumidor. En idéntica línea, se ha dicho que “...el desconocimiento de la realidad material de los hechos (aplicando un proceso para 'iguales' a sujetos 'desiguales') no hace más que agravar la situación de debilidad estructural en la cual se encuentra el tutelable” (41).

el derecho de acceso a la justicia, del cual se desprende que “...los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención”. Con esto se quiere poner de relieve que la propia Corte IDH precisa que la remoción de los obstáculos importa un mandato convencional, que, como tal, engendra obligaciones para el Estado sin distinción del poder que se trate

(39) Pues bien, no puede perderse de vista que actualmente no existe un proceso de consumo específico, sino que las acciones judiciales en materia de consumo se les aplica un mix entre las normas aplicables para las acciones comunes, juntamente con aspectos protectores procesales y de fondo “que surgen de la ley”, que son propios de la disciplina, con el objeto de disminuir la debilidad procesal en la que se encuentra el usuario frente al proveedor (cfr. TAMBUSSI, Carlos E., “Juicio de consumidores y usuarios”, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 1ra. edición, p. 58).

(40) ALVARADO VELLOSO, Adolfo - PADILLA, René, “Lecciones de Derecho Procesal Civil. (Compendio del libro Sistema Procesal -. Garantía de libertad, adaptado a la Legislación procesal de Tucumán)”, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas - Ediciones AVI, Rosario, 2013, 1ra. edición, pp. 250/251.

(41) BENGOLEA, Adrián - KALAFATICH, Caren, “Reflexiones y propuestas en torno a la tutela judicial de los usuarios y consumidores”, Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

En vista de ello, no es casualidad que desde la doctrina se encasille los reclamos de los consumidores como susceptible de encauzarse bajo lo que se conoce como tutelas diferenciadas (42), pues tal categorización no solo se justifica en la peculiaridad del derecho material que se hace valer, sino también en el apartamiento plural y notorio de las matrices corrientes a las que obliga las normas procesales contenidas en la LDC, pues “la defensa de los intereses de los consumidores y de los usuarios ha inspirado un ramillete de soluciones —básicamente contenidas en la ley 24.240 y en su modificatoria parcial que es la ley 26.361— muy apartadas de las correspondientes a la generalidad de los casos” (43).

En ese sendero, cabe señalar que la tutela diferenciada es el camino hacia la tutela efectiva del consumidor (44), toda vez que deben superarse las limitaciones que presentan los procesos decimonónicos para atender los intereses en juego en los conflictos de consumo (45). En ese camino, resulta ineludible abrir paso a nuevos diseños o técnicas procesales que contribuyan a efectivizar la protección de este particular sujeto vulnerable.

IV. Técnicas procesales

Concretamente, con el objeto de hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, la LDC, prescribe la instrumentación de ciertas técnicas procesales cuya implementación configuran una tutela diferenciada en favor del consumidor. En efecto, el art. 53 de la LDC contiene

(42) En este punto se sigue a Jorge Peyrano, quien señala que la voz “tutela” es empleada en el sentido de constituir un haz de medios, herramientas y facultades puestas en manos del requirente del servicio de justicia para asegurar la eficacia de este. Mientras que la voz “diferenciada” refiere a la disímil configuración con respecto a las tutelas tradicionales y de uso más corrientes (cfr. PEYRANO, Jorge W., “Qué es y qué no es una tutela diferenciada en argentina”, Rubinzal Online, Cita: RC D2212/2012).

(43) PEYRANO, Jorge W., ob. cit., p. 4.

(44) SAHIAN, José H., “Procesos individuales de consumo. Herramientas procesales para la tutela de los consumidores” en el “Nuevo Derecho del Consumidor”, La Ley, CABA, 2020, 1ra. edición, p. 321.

(45) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Justicia de Consumo”, Astrea, CABA, 2020, 2da. edición, p. 5.

un conjunto de herramientas que persiguen el objetivo de eliminar las dificultades que pueden presentarse para el consumidor no solo para acceder a la jurisdicción sino también para compensar la desigualdad jurídica existente con el proveedor durante el proceso.

Así pues, como ejemplos de técnicas procesales que persiguen atenuar la vulnerabilidad del consumidor en el proceso, pueden nombrarse: la disminución en los costos del litigio, celeridad procedimental, legitimación amplia, deber de colaboración probatoria en cabeza del proveedor, proactividad del juez, servicios de asesoramiento y asistencia gratuita, expansión de los medios defensivos en procesos ejecutivo o monitorios, etc. (46).

A partir del enfoque tripartito del derecho a la tutela judicial efectiva, puede apreciarse como cada una de las distintas técnicas procesales que prescribe la LDC persiguen hacer realidad el contenido del derecho aludido. Por ejemplo, a los efectos de permitir el acceso irrestricto a la justicia, el art. 53 dispone que las actuaciones judiciales gozaran del beneficio de la justicia gratuita (47). De igual modo, consagra el deber de colaboración probatoria para materializar el derecho a obtener una sentencia fundada en un análisis razonado de los hechos. En la misma lógica puede pensarse que la expansión de la cosa juzgada en los procesos colectivos de consumo importa un mecanismo para salvaguardar que la resolución se cumpla, y así con el resto de mecanismos previstos en el artículo. Dicho esto, debido a que un estudio pormenorizado de las diferentes técnicas procesales excedería la extensión del presente trabajo, en las páginas siguientes solo será objeto de análisis el deber de colaboración probatoria en cabeza del proveedor.

V. El deber de colaboración probatoria del proveedor

Para empezar, lo primero que debe ponerse de relieve es que el deber de colaboración

probatoria, como técnica procesal configurativa de una tutela diferenciada en favor del consumidor, se encuentra prevista en el art. 53 de la LDC. Sobre el tópico, no puede dejar de señalarse que, en su redacción primigenia, la ley 24.240, no contenía una disposición específica sobre la prueba (48) (49). Recién con la sanción de la reforma (ley 26.361), el legislador especí-

(48) Pese a lo mencionado, Meroi precisa que desde la doctrina venía pregonándose el empleo de las teorías de las cargas dinámicas de la prueba para aligerar la carga de la prueba del consumidor (cfr. MEROI, Andrea, "Reglas y Principios Procesales en las relaciones de consumo" en "Tratado de Derecho del Consumidor" -STIGLITZ, G. — HERNÁNDEZ, C.-, Tomo IV, ob. cit., p. 49).

(49) Los tribunales nacionales haciéndose eco de la debilidad del consumidor con respecto al proveedor, pese a la ausencia de normativa expresa en materia probatoria, también pretorianamente fueron recurriendo al uso del desplazamiento del onus probandi o al empleo de presunciones para evitar que mediante la aplicación rígida de las reglas procesales se arribase a soluciones injustas. Así pues, en un interesante fallo del año 1994, La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal estableció que "...sin perjuicio de las prescripciones del art. 377, resulta por demás aplicable en controversias como ésta, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, desplegando aquí su receptividad con mayor amplitud. Deberá ser entonces quien está en mejor posibilidad de probar quien acredite con veracidad certera lo facturado, no pudiendo tomar una posición de mera expectativa la concesionaria del servicio público, en su calidad de prestataria sobre una actividad de interés público general como es la de telecomunicaciones en la actualidad..." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, "Biestro de Bover, Amelia T. vs. Telefónica Argentina S.A.", 16/12/1994, L.L., Cita online: TR LALEY 952060). En cuanto al uso de presunciones puede anotarse otro pronunciamiento importante, donde la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, dispuso que el demandado "...olvida que las presunciones constituyen un medio de prueba admitido por la ley (art. 163, inc. 5º, Cód. Procesal). Y, partiendo de los inconvenientes que afectaron a las siete líneas de la actora por el dilatado lapso de dos años largos, meritando las actividades a las que se dedica y el hecho de que nadie contrata los servicios de tan elevado número de líneas si no le resultan necesarias -de donde la existencia de una menor cantidad de ellas en funcionamiento debe entenderse que le causó perjuicios-, no resulta errado presumir que dichos daños existieron y deben ser resarcidos" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, "Moeller & Co. SA c. Telefónica de Argentina", 13/05/1999, L.L., Cita online: AR/JUR/1199/1999). También pueden verse estos precedentes y otros en el texto de Bersten, Horacio titulado "La prueba en la defensa del consumidor", LL Cita online: AR/DOC/2787/2013.

(46) SAHIAN, José, ob. cit., p. 321.

(47) Sobre el tópico, merece la pena destacar que la CSJN se pronunció sobre su extensión en el reconocido precedente "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", causa U.66.XLVI., sentencia del 11/10/2011.

ficamente introdujo una norma expresa sobre la cuestión probatoria en las relaciones de consumo. En efecto, el art. 53, en su párrafo tercero expresamente dispone que "los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio".

Cabe resaltarse que, si bien la incorporación de este precepto significó un gran paso para robustecer la protección del consumidor durante el desarrollo del proceso, no puede soslayarse que esta norma despierta discusiones no solo con respecto a su inclusión en un ordenamiento de fondo, sino también en torno a su naturaleza y consiguientes consecuencias procesales.

En primer lugar, se plantea la objeción referida a que el legislador nacional carece de facultades para incluir normas procesales en ordenamientos de fondo, toda vez que tal proceder vulneraría el derecho constitucional de las provincias a dictar su propia normativa adjetiva. Sobre el tópico, merece la pena precisarse que la CSJN mantiene un criterio consolidado respecto a que, si bien las provincias poseen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso, prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar (50). De igual manera, desde la doctrina se comprende que tal objeción constitucional es equívoca, bajo el entendimiento de que el legislador nacional puede dictar normas adjetivas siempre y cuando no se vea afectado el orden público y las disposiciones actúen como herramientas de implementación de los derechos sustanciales que consagran (51), en otras palabras, cuando las normas de esta naturaleza tengan por fina-

lidad asegurar la vigencia de la legislación sustancial (52).

Pese a coincidir con la doctrina mencionada, existe una propuesta diferente que proporciona un marco conceptual interesante para delimitar la constitucionalidad de la incorporación de normas procesales en el derecho de fondo. Si bien esta noción fue pensada para analizar los preceptos adjetivos del Código Civil y Comercial de la Nación, su contenido puede trasladarse al estudio de cualquier regulación procesal presente en una ley de fondo (53). En términos claros, para esta posición, lo que resulta dirimente efectuar es identificar si la regla procesal, cuya inclusión se evalúa, regula un aspecto estrictamente procesal, o, se trata de una norma aparentemente procesal de naturaleza sustancial, o, si constituye un precepto que dota de contenido a una garantía constitucional-convencional vigente del proceso. La delimitación en una u otra categoría determina la constitucionalidad de su dictado por el legislador nacional.

Bajo este esquema de análisis, se considera que la norma que contiene el deber de colaboración probatoria integra la categoría de reglas que proporcionan contenido a una garantía fundamental. El deber de colaboración probatoria del proveedor fue concebido para asegurar la eficacia del derecho a obtener un pronunciamiento fundado derivado de los hechos de la causa, el cual, como se advirtió, integra el derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo con el triple enfoque adoptado. Se trata de una técnica procesal pensada para atenuar la debilidad estructural del consumidor. Como tal, no puede dejar de valorarse que también constituye una manifestación del mandato constitucional que prescribe el diseño de una legislación de procedimiento eficaces para la prevención y solución de conflictos (54).

batorias en las relaciones de consumo", LL Cita online: AR/DOC/3642/2019.

(52) ARAZI, Roland, "Síntesis de las principales disposiciones procesales en el proyecto de código civil y comercial", Rubinzal online, Cita: RC D 901/2015.

(53) ROSALES CUELLO, Ramiro - MARINO, Tomás, "Las nuevas normas procesales en el nuevo código procesal civil y comercial", LL Cita online: AR/DOC/5823/2014.

(54) SAHIAN, José, ob. cit., p. 310.

(50) CSJN, "Correa, Bernabé en autos con Barros, Mariano R." (Fallos: 138:157), "Netto Ambrosio c. Empresa de Ferrocarriles Argentinos de Entre Ríos" (Fallos 141:254); "Perelló Miguel c. Almeida Félix A." (Fallos 247:524).

(51) ARIAS, María Paula - QUAGLIA, Marcelo, "El incumplimiento de la garantía legal y las cuestiones pro-

En virtud de lo antedicho, la esencia de esta regla procesal autoriza su inclusión en un ordenamiento de fondo, ya que de ese modo se permitirá asegurar una base o estándar de tutela mínimo y común a todas las provincias (55). Efectivamente, su incorporación robustece la protección del consumidor, pues no debe perderse de vista que los esquemas procesales provinciales conservan reglas rígidas que los tornan insuficientes para brindar una adecuada tutela al consumidor (56).

VI. El deber de colaboración probatoria: debate conceptual

Resuelto lo anterior, en este punto, corresponde determinar cuál es la naturaleza del deber de colaboración prescripto en el art. 53 de la LDC. Cabe recalcar que en la doctrina existen diversas posiciones, al igual que en la jurisprudencia, cuyo estudio resulta necesario no solo por una razón de orden académico, sino también porque la adopción de un determinado criterio acarrea consecuencias procesales diferentes, conforme se desarrollará.

i) Para un sector de la doctrina, el párrafo tercero del art. 53 importa la consagración de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba en

(55) En sentido similar, Arias y Quaglia sostienen que "consideramos así que las normas procesales consagradas por la legislación de fondo en esta materia deben interpretarse como presupuestos mínimos de ejercicio de los derechos vinculados con los consumidores admitiéndose por tanto que la normativa local pueda regular por encima de dicha base, ya que, en caso de limitar los derechos procesales debajo de aquella, corresponderá la aplicación de las normas más beneficiosas para el consumidor" (cfr. ARIAS, María Paula - QUAGLIA, Marcelo, "El incumplimiento de la garantía legal y las cuestiones probatorias en las relaciones de consumo", ob. cit.).

(56) De hecho, aun cuando se considerará que se trata de una norma estrictamente procesal, Rosales Cuello y Marino, en algunos supuestos, autorizan su dictado por parte del legislador nacional. Así exponen, por ejemplo, que, "si bien las reglas de la carga de la prueba conforman un capítulo fundamental del derecho procesal cuya regulación le corresponde a los Estados locales, nos parece aceptable que para ciertos institutos en particular —y de mediar el triple requisito de necesidad, especificidad y suficiencia derivado de la histórica doctrina de la Corte Suprema— el Código Civil y Comercial pueda establecer pautas específicas" (cfr. ROSALES CUELLO, Ramiro - MARINO, Tomás, ob. cit.).

los procesos de consumo (57). Merece recordarse que la mencionada teoría constituye un apartamiento excepcional de las reglas normales de distribución de carga de la prueba, a la cual solo debe recurrirse en caso de que la aplicación de las normas generales produzca consecuencias disvaliosas. Su materialización consiste en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba (58) (59). Para esta postura, la aplicación de las cargas probatorias dinámicas son una manifestación del principio protectorio del consumidor. Así pues, explican que "una aplicación de esta regla [cargas dinámicas] la encontramos en el art. 53, párrafo 3º, de la Ley de Defensa al Consumidor (...) si bien la ley no expresa que ocurre en caso de que el proveedor no cumple la carga, ello es evidente: su conducta será considerada oclusiva por el tribunal, y generará una

(57) VINTI, Ángela M., "La carga dinámica de la prueba en la Ley de Defensa del Consumidor. Las consecuencias de la frustración de la prueba", LL Cita online: AR/DOC/363/2016; Es más, para otros autores enrolados en la misma posición "el principio de las cargas dinámicas es llevado a su máxima expresión pues, el proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa (cfr. JUNYENT BAS, Francisco - DEL CERRO, Candelaria, "Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor", LL Cita online: AR/DOC/4624/2010). En sentido similar, RAMÍREZ CARBAJO, Julieta. "Sobre la carga probatoria dinámica en el marco tutitivo de la ley de defensa del consumidor y la obligación de seguridad", LL Cita online: AR/DOC/1079/2013; FENIK, Marcelo H., "Alcances de la inversión de la carga de la prueba en la relación de consumo. Una vuelta al sentido común", LL Cita online: AR/DOC/2389/2011; TAMBUSSI, Carlos, ob. cit., pp. 76/77; LOVECE, Graciela, "La prueba en las relaciones de consumo", ob. cit.

(58) PEYRANO, Jorge W., "Las cargas probatorias dinámicas, hoy" en "Elementos de Derecho Probatorio"-director Jorge W. Peyrano, ob. cit., p. 421.

(59) En rigor, la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas importa una flexibilización de las reglas rígidas del proceso civil. En consonancia con este pensamiento, la CSJN desde hace un tiempo viene sosteniendo que en lo atinente a las reglas que rigen la carga de la prueba admiten que ellas deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (Fallos: 319:1577; 324:4123; 325:2713; 324:115, entre otros).

presunción en su contra que, merituada en el contexto de las demás pruebas rendidas, tendrá valor convictivo respecto del juez. Y, si se trata de prueba dirimente o decisiva, esta carga deberá apreciarse con mayor rigor". Siguiendo esa línea, Vinti asevera que "...pero no hay que perder de vista, que aquí no se desplazan los principios generales en materia de carga de la prueba, sino que se intenta complementar la aplicación de las reglas tradicionales, colocando la carga de probar, en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación de hacerlo. En tal sentido se ha resuelto que si bien la modificación hecha a la ley 24.240 se ha hecho cargo de las dificultades probatorias que puede enfrentar el consumidor como contratante no profesional, no lo releva de introducir algún medio de comprobación idóneo para justificar la posición que asuma en el pleito. Al menos debe exigírsele que identifique eventuales carencias de su adversario en la adjucción de esos elementos, de modo de permitir el control judicial sobre este aspecto" (60) (lo dispuesto en corchete me pertenece).

ii) Para otro sector de la doctrina, si bien el art. 53 no importa una consagración de las cargas dinámicas en sentido estricto, la aplicación del deber de colaboración, desde una perspectiva pragmática, arribaría a la misma solución (61). En ese sendero, Arias y Quaglia sostienen que "se plantea si dicha norma [art. 53, LCD] es una aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en materia de derecho de consumo (cuestión que analizaremos infra), las que colisionan con el tradicional principio del derecho procesal de que 'quien alega un hecho debe probarlo'". En esa línea, el párr. 3º del art. 53 in-

(60) VINTI, Ángela M., ob. cit.

(61) CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Estaduto del Consumidor", Tomo II, La Ley, CABA, 2019, 2da. edición ampliada, p. 1242; ARIAS, María Paula - QUAGLIA, Marcelo, "El incumplimiento de la garantía legal y las cuestiones probatorias en las relaciones de consumo", ob. cit. De hecho, Quaglia en un meduloso análisis jurisprudencial sostiene que "...el instituto plasmado en el art. 53 de la ley 24.240 no puede ni debe interpretarse como una directa inversión del principio de la carga de la prueba y o una aplicación de forma absoluta de la doctrina de las cargas dinámicas que libere sin más de tener que acreditar sus dichos al consumidor..." (cfr. QUAGLIA, Marcelo C., "Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios", El Derecho, Cita Digital: ED-DCCLXXIV-527).

corpora al proceso de consumo, de manera expresa, las reglas del solidarismo probatorio. Los autores explican que tal interrogante obedece a que "la solución responde a que la superioridad técnica —muchas veces acompañada por la preeminencia económica— que detenta el proveedor le permite contar con cierta superioridad jurídica, en cuanto a un fácil acceso a extremos relevantes para liberarse de responsabilidad propia y/o para fundar la ajena, de tal forma que 'a mayor dificultad, menor exigencia de prueba'. Es decir, teniendo en cuenta que por regla es el proveedor el que se encuentra en mejores condiciones probatorias [p. ej., muchas veces el consumidor no tendrá ni una copia del contrato, ni mucho menos conocerá sus detalles o los del producto o servicio que adquiere], será usual la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que pondrá en cabeza del demandado dicha carga, entendiéndose que es 'quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos'" (lo dispuesto entre corchetes me pertenece). Posteriormente, con claridad enuncian su postura afirmando: "Sin embargo, y como señala Chamatropulos con un criterio práctico, en los hechos aplicar esta solución normativa conlleva resultados similares a los de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a partir de una correcta interpretación del deber de colaboración procesal puesto en cabeza del proveedor y de las circunstancias fácticas que rodean a las relaciones de consumo en particular. Ello es así dado que si el principio de las cargas probatorias dinámicas obliga a armar prueba al proceso a quien se encuentre en mejores condiciones para ello, no es dificultoso concluir que el art. 53 de esta ley termina produciendo ese mismo resultado, ya que, en la gran mayoría de los supuestos, el proveedor, teniendo en cuenta la dinámica propia de las relaciones de consumo, será quien tiene en su poder gran parte de la prueba que puede ser definitiva en estos litigios".

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del art. 53 por parte del proveedor establecen que "...entendemos que su incumplimiento trae como consecuencia que el magistrado pueda tomar esta reticencia como un indicio de la veracidad de los hechos alegados

por la contraria. Ello es así, pues es razonable considerar que la reticencia del interesado se encuentra fundada en la consecuencia disvaliosa a la que, eventualmente, conduciría la producción de dicho medio probatorio. En otras palabras, lo que la ley establece es el deber del juzgador de extraer de la conducta reticente del demandado un indicio en su contra” (62).

iii) Por otro lado, Sáenz sostiene que la norma bajo examen no importa la consagración de la teoría de las cargas dinámicas, sino que el párrafo 3 del art. 53 prescribe un deber de conducta agravado en cabeza del proveedor (63). De hecho, el autor explica que “...la distinción que propugnamos no es una cuestión menor. Ello así pues la infracción al deber de conducta del proveedor no importa una modificación de la distribución del *onus probandi* en el proceso. En efecto, el incumplimiento del tal deber trae como consecuencia que el sentenciante puede tomar esta reticencia como un indicio de la veracidad de los hechos alegados por la contraria. Se trata de un simple razonamiento lógico: Si existe un hecho controvertido, respecto del cual el proveedor se encuentra en mejor posición de aportar certeza sobre su veracidad, es entonces que, si aquel omite u obstruye la producción de la prueba necesaria, podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto de la producción o no del hecho en cuestión. Ello así pues es razonable considerar que la reticencia del interesado se encuentra fundada en la consecuencia disvaliosa a la que, eventualmente, lo conduciría la producción de dicho medio probatorio” (64). Consecuentemente, Sáenz expresa que “...sin embargo, y como sucede en general en materia de presunciones judiciales, que se tenga por cierto un hecho sobre la base de un razonamiento lógico efectuado por el juez basándose en las pruebas aportadas por las partes no implica la inversión de la carga de la prueba, sino que, por el contrario, lo que se modifica son los hechos a probar por cada una de ellas” (65). La adopción de esta posición acarrea como co-

rrrelato que el consumidor tendrá que ofrecer y producir la prueba que sustente su derecho, y que en caso de que el proveedor tenga determinado medio probatorio que contribuya a la presión del consumidor, aquel deberá ofrecerlo.

iv) En discordancia con las posturas precedentes, Frisicale afirma que el párrafo tercero del art. 53 no importa ni la consagración de la teoría de las cargas dinámicas, ni la recepción de un deber de colaboración (66). Sostiene que la dificultad probatoria debe resolverse a través de las cargas procesales que regulan la disponibilidad del objeto de la prueba. Frisicale expone que el art. 53 no adoptó la teoría de las cargas dinámicas, puesto que el precepto no contiene la palabra “carga”, ni tampoco surge de los antecedentes parlamentarios de la ley de reforma que los legisladores hayan pensado su inclusión. Análogamente, sostiene que tampoco recepta un deber de colaboración, toda vez que los deberes los tienen las partes con el juez o el juez con las partes, es decir, suponen una referencia vertical, nunca horizontal. A ello añade que la norma no prescribe ninguna sanción por su incumplimiento, lo cual pone más de relieve que no se trata de un deber procesal (67). Concretamente, Frisicale conceptualiza al deber de cola-

(66) FRISICALE, María Laura, “La dificultad de la prueba en la responsabilidad por productos defectuosos. Reflexiones sobre el art. 53 de la ley 24.240”, LL Cita online: AR/DOC/250/2020.

(67) La autora postula que “...si bien el art. 53 de la ley 24.240 establece que los proveedores ‘deberán aportar al proceso...’, técnicamente, no se trata de un deber procesal. Para que un imperativo jurídico sea considerado un deber se precisan dos elementos. El primero, relativo a los sujetos. Los deberes procesales son imperativos jurídicos que tienen, por un lado, las partes y terceros con la autoridad judicial. En los Códigos Procesales existen numerosos ejemplos: las partes deben litigar sin temeridad y malicia, los terceros tienen el deber de testimoniar la verdad. Por otro lado, también están los deberes que tiene la autoridad respecto de las partes: el juez debe resolver oportunamente el litigio, debe excusarse mediando causal. Los deberes se presentan siempre en el plano vertical del proceso (de las partes al juez y viceversa). El segundo elemento es su consecuencia. Frente al incumplimiento de un deber procesal el legislador prevé una sanción, una medida de coerción. Así, a la parte que litiga con malicia se la multa, al testigo que miente se lo detiene por comisión de un delito El art. 53 de la ley 24.240 no se prevé ninguna sanción frente a su incumplimiento, por lo tanto, no puede considerarse como un deber”.

(62) ARIAS, María Paula — QUAGLIA, Marcelo, ob. cit.

(63) SÁENZ, Luis R. J., “Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo”, LL Cita online: AR/DOC/1890/2015.

(64) *Ibidem*.

(65) *Ibidem*.

boración como una *carga de exhibir la prueba en cabeza del proveedor*, pues el precepto pretende regular situaciones de falta de disponibilidad de la prueba (68). En ese sentido, asevera que “en el Derecho del Consumidor la regla de exhibición no debe limitarse a los documentos, sino que debe extenderse a todo tipo de objeto de prueba” (69).

v) Particularmente, previo a emitir una opinión al respecto, parece necesario realizar dos aclaraciones con respecto al tema objeto de estudio. En primer término, conviene destacar que el origen de la controversia sobre el deber de colaboración puede rastrearse en el proceso de creación de la norma. Ocurre que, la ley 26.361 reconoce como fuente principal al Código de Defensa del Consumidor de Brasil, el cual sí prevé la inversión del *onus probandi* como un derecho exigible por parte de un consumidor hiposuficiente (70), lo que podría llevar a pensar que nuestro derecho siguió los mismos pasos que el ordenamiento brasileiro. No obstante, tal circunstancia no sucedió, pues la reforma solo recibió el principio de colaboración procesal, recuérdese lo mencionado por Frisicale respecto a que en los antecedentes parlamentario de la ley no se pensó en la adopción de la teoría de las cargas dinámicas (71).

En segundo lugar, para dirimir la controversia mencionada debe distinguirse el principio de colaboración procesal de las teorías de las cargas dinámicas (72), ya que frecuentemente son

(68) De ese modo explica que “...la mayoría de los Códigos Procesales Provinciales resuelven la problemática de la disponibilidad de la prueba documental como una carga de exhibición. En estos casos no se aplican medidas de coerción para la incorporación del documento, sino que se aceptan las manifestaciones del pretendiente sobre el contenido del documento”.

(69) FRISICALE, María Laura, ob. cit.

(70) KALAFATICH, Caren D., “El acceso a la justicia y los consumidores hipervulnerables” en “Consumidores Hipervulnerables”, —director Barocelli—, ob. cit., p. 352.

(71) FRISICALE, María Laura, ob. cit.

(72) En este punto, se sigue y se recomienda la lectura de “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial”, el cual, si bien centra su estudio en los arts. 710 y 1735 del Código Civil y Comercial, sus aportes sirven como marco conceptual para analizar la figura del párrafo tercero del art. 53 de la

empleados de forma idéntica en casos donde intervienen consumidores. Es importante insistir en esta delimitación conceptual puesto que las consecuencias de la inobservancia de uno u otro instituto son radicalmente diferentes.

En ese orden de ideas, como se dijo, la teoría de las cargas dinámicas importa hace recaer el *onus probandi* sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba, lo cual, en el marco de un conflicto de consumo, se traducirá en que el proveedor sea quien deba levantar la carga consecuente de tal distribución. En ese marco, si el proveedor incumple, en vista de que la regla de la carga de la prueba distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba (73), el juez deberá fallar en su contra, pues, como consecuencia del desplazamiento del *onus probandi*, recayó sobre sus espaldas el riesgo procesal del caso. Es que, la distribución de la carga implica una forma de regular la incertidumbre de los hechos, debiendo el magistrado, frente a la insuficiencia de elementos probatorios, escoger la pretensión opuesta a la parte sobre la que recaía el *onus probandi*. De hecho, las reglas de distribución de la carga de la prueba son definidas como normas de decisión más que de derecho probatorio, postulando su naturaleza como un precepto de cierre o clausura ante la insuficiencia probatoria (74).

Un *quid* distinto es el principio de colaboración procesal, el cual parte de la premisa que el proceso civil debe ser considerado como una empresa común cuyo feliz resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colabo-

LDC (cfr. GIANNINI, Leandro J., “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba en el Código Civil y Comercial”, LL Cita online: AR/DOC/3487/2016).

(73) PEYRANO, Jorge W, “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema” en “Elementos de Derecho Probatorio”, ob. cit., p. 414. También, se ha dicho que “el magistrado debe determinar sobre cuál litigante recaía la carga de la prueba de los hechos sobre cuya existencia no logró formar convicción, para luego fallar contra quien incumplió la mentada carga” (cfr. LOUTAYF RANEA, Roberto — SOLÁ, Ernesto, “El principio de igualdad procesal en materia probatoria” en “Elementos de Derecho Probatorio”, ob. cit., p. 386).

(74) PEYRANO, Jorge W., “La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema” en “Elementos de Derecho Probatorio”, ob. cit., p. 414).

ración de las partes (75). Consecuentemente, a diferencia de otros principios, florece en cargas y en deberes procesales que pesan sobre las partes, pues su contenido imperativo impide que algunas conductas de los litigantes traicionen esa idea fuerza de que el buscado éxito del proceso civil es una empresa común a ambas partes (76). Desde esa conceptualización, este principio en materia probatoria tiene una consecuencia trascendente, la cual consiste en que, si una de las partes asume una conducta obrepeticia u oclusiva, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 165, inciso 5, Cód. Proc. Civ. y Com., es posible extraer indicios como argumentos de prueba (77).

En ese marco, trasladando estas consideraciones a los procesos donde intervienen un consumidor, el deber colaboración probatoria se presenta más como una manifestación de este principio de colaboración, que como la aplicación de las cargas dinámicas. El tercer párrafo del art. 53 no dispone un desplazamiento del *onus probandi* sino un deber que emerge de un principio estructurante del proceso civil. Por cierto, esta conceptualización cambia radicalmente la consecuencia que cabe asignar al incumplimiento por parte del proveedor de su deber de colaborar, la cual consistirá en que el juez pueda asumir su comportamiento como un argumento de prueba.

El encasillamiento de lo normado en el párrafo tercero del art. 53 como una manifestación del principio de colaboración en cabeza del proveedor parece la solución más adecuada, no solo porque no exime al consumidor de probar

(75) PEYRANO, Jorge W., "El principio de cooperación procesal" en "Principios Procesales"- director Peyrano J. W. -, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 401.

(76) PEYRANO, Jorge W., "El principio de cooperación procesal" en "Principios Procesales", ob. cit., p. 403.

(77) Así pues, Fassi y Yáñez sostienen que "como corolario de los deberes de los litigantes de actuar en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, genéricamente descriptos en el art. 34, inc. 5, d, se dispone que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones" (cfr. FASSI, Santiago — YÁÑEZ, César, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado Anotado y Concordado", Astrea, CABA, Tomo I, 3ra. edición, p. 765).

los extremos de su pretensión sobre los cuales tenga disponibilidad probatoria sino también porque no coloca al proveedor en la situación de riesgo procesal que importan las cargas dinámicas. No se trata de cargar a la parte con el peso de la incertidumbre que deriva de la insuficiencia probatoria, sino de exigirle que coopere, debido a su mejor posición para hacerlo, en el esclarecimiento de los hechos.

La adopción de esta postura no significa desconocer la vulnerabilidad del consumidor. Al contrario, ponderando la desigualdad genética entre los polos de la vinculación jurídica, debe reconocerse que el deber de colaboración asume un carácter agravado (78). Por ende, el juez podrá extraer de la conducta oclusiva del proveedor un indicio que lo coloque en una situación procesal desventajosa. Ciertamente, el reproche que cabe realizarse a un proveedor por incumplir con su deber de colaboración no es el mismo que debe efectuarse a un litigante particular en un proceso común, donde no existe el desequilibrio relacional provocado por la vulnerabilidad de una de las partes.

La diferencia entre estos institutos no se percibe en los casos donde el proveedor incumple con su deber de colaboración, o en aquellos supuestos donde se limita a realizar una mera negativa de la pretensión del consumidor. Sin embargo, la situación se modifica cuando el proveedor cumple con su deber de colaboración, porque en esos supuestos si se adoptara la tesis de las cargas dinámicas, si pese a haber acercado al proceso toda la prueba a su alcance, e igualmente subsistiera insuficiencia probatoria, debido a que carga con el riesgo procesal, el juez debería fallar en su contra. Ahora bien, siguiendo la tesis propuesta, en caso de que el proveedor cumpliera con el deber de colaborar, y aun así subsistiera insuficiencia probatoria, la incertidumbre generada por esta situación no se trasladaría únicamente en cabeza del proveedor, sino que el magistrado debería recurrir a las

(78) Así pues, se comparte la posición elaborada por Sáenz. Es más, la exigibilidad agravada del deber de colaboración ha sido reconocida en otros supuestos, donde también se dirimen derechos de trascendencia que gozan de una tutela diferenciada (cfr. ROSALES CUELLO, Ramiro - MÉNDEZ ACOSTA, Segundo J., "Lo definitorio del amparo a la salud", LL Cita online: AR/DOC/3143/2020).

reglas generales sobre distribución de la prueba, pues recordemos que estas funcionan como normas de decisión, como una válvula de cierre o de clausura cuando el plexo probatorio de la causa no permite formar un juicio certero sobre los hechos alegados por las partes.

Tal cual como se adelantó, la distinción conceptual tiene importancia puesto que frecuentemente la jurisprudencia (79), en casos de dificultad probatoria y debilidad de una de las partes, suele emplear ambos institutos sin distinguir sus contornos de forma precisa. No pocas veces, los tribunales, ante una conducta poco colaborativa del proveedor, suelen decir que recurren a las teorías de las cargas dinámicas, sin advertir que asignan a su aplicación las consecuencias propias de la inobservancia del deber de colaboración (extracción de un indicio), en lugar de aquellas relativas al desplazamiento del *onus probandi* (80).

(79) Para un desarrollo más profundo sobre la situación mencionada en la jurisprudencia puede verse "Revisitando la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales" en "Contra la carga de la prueba" —Nieva Fenoll Jordi, Ferrer Beltrán Jordi, Giannini Leandro J.—, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 89/107.

(80) Puede ejemplificarse con el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Comercial de Azul donde se afirmó "...la carga de la prueba de que la prestación se efectuaba en las condiciones normales y propias del servicio recaía sobre la demandada, sobre la base de sus propias alegaciones, por tratarse de una responsabilidad objetiva, de resultado, en el que la carga probatoria (además de que en la responsabilidad objetiva el sindicado como responsable debe demostrar la causa ajena exoneratoria) está incidida por la prueba a cargo del proveedor (art. 53 LDC) (...) 'tratándose de una relación de consumo, donde rige la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53, ley 24.240) —dijo la Casación local— la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos... El proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa. Toda negativa genérica, silencio, reticencia o actitud omisiva creará una presunción en su contra" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, "Martínez Esteban c. Telecom Personal SA y otro/a s/daños y perjuicios", 30/04/2020, LL Cita online: AR/JUR/15366/2020). En otro pronunciamiento también se sostuvo que "De acuerdo a lo normado en el art. art. 53 de la ley 26.361, el proveedor de servicios como organización empresarial está en mejores condiciones de aportar pruebas(...), y dicho incumplimiento no puede inclinar la balanza en su favor sino que por el

Con todo, lo antedicho no impide que en determinados casos donde la vulnerabilidad del consumidor exija adoptar una respuesta más enérgica, el juez puede echar mano de la teoría de las cargas dinámicas para poder determinar la verdad jurídica objetiva. No obstante, se comprende que esto podría funcionar de manera excepcional, atento al carácter restrictivo de la aplicación de esta teoría. Inclusive, en aras garantizar la paridad de armas, el magistrado podrá, inspirándose en la norma del art. 1735 del Cod. Civ y Com., advertir a las partes que recurrirá a tal solución procesal, fundamentando razonablemente su utilización (81).

Para finalizar, conviene enfatizar la diferencia de la tesis que se propugna. A saber, una posición es sostener que el párrafo 3 del art. 53 adopta la teoría de las cargas dinámicas y otra bien diferente es postular que el precepto consagra un deber de colaboración en cabeza del proveedor, sin dejar de reconocer que en supuestos excepcionales de hipervulnerabilidad e indisponibilidad probatoria en perjuicio del consumidor, y previa advertencia, el magistrado pueda echar mano del desplazamiento del *onus*

contrario, en el caso la perjudica, es doctrina recibida la operatividad de lo que ha dado en llamarse las cargas probatorias dinámicas y en el caso, la facilidad probatoria se encontraba en cabeza de la demandada quien no se ocupó de probar su postura defensiva ni aportó prueba requerida al proceso generando que las presunciones sean valoradas en su contra" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, Sala I, "Martínez Garbino, Florencia c. Telecom Argentina SA s/ sumarisimo", 05/02/2020, LL Cita online: AR/JUR/14898/2020). También puede verse en Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, "Rubinelli María Luisa c. Telecom Personal SA s/daños y perjuicios", 06/02/2020, LL Cita online: 06/02/2020.

(81) Esta postura comulga con la posición pragmática de Caren Kalafatich, quien sostiene que "...el principio de colaboración resulta observable por las partes (y aplicable por el juez) en todos los procesos. De esta forma, cualquier conducta contraria a la colaboración deberá ser evaluada por el juez, de acuerdo con el caso, para constituirse en un indicio o argumento de prueba en la fase decisoria del proceso. Contrariamente, la dinamización de la carga probatoria vendría a ser un supuesto excepcional de raíz constitucional cuya aplicación dependerá de la verificación —en caso concreto— de las circunstancias objetivas que evidencien la razonabilidad de aplicar la regla general" (KALAFATICH, Caren, "Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables", ob. cit., pp. 354/355).

probandi. Podría objetarse que un magistrado que adopte tal temperamento estaría actuando de forma contraria a la ley, la cual nada dice de las cargas dinámicas, a lo que cabe responder que el juez puede justificar su adopción en la aplicación del principio de igualdad que emana de la CN y el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 8 de la CADH.

Por último, podría reforzarse esa postura en el propio rol que debe asumir el magistrado en un proceso de consumo. El magistrado en estos casos está llamado a practicar un sano activismo judicial que manifieste su compromiso con la idea de contrarrestar la desigualdad estructural de las partes **(82)**, a fin de evitar que uno de los litigantes obtenga una posición ventajosa en el proceso debido a su superioridad preexistente **(83)**. No puede soslayarse lo mencionado al

(82) TAMBUSI, Carlos, ob. cit., p. 84.

(83) El juez debe asumir un rol protagónico en cuanto director del proceso que involucra a un consumidor, el cual se justifica a fin de resguardar las garantías constitucionales contenidas en el art. 42, 1er. y 2do párrafo de la Constitución Nacional. Se espera que el magistrado tome distancia del discurso formal de neutralidad y asuma el deber de ofrecer una tutela jurisdiccional adecuada a la realidad del derecho material, so pena de apartarse de

principio del presente, la protección de la vulnerabilidad también puede instrumentarse por vía hermenéutica, lo cual posibilita que los jueces interpreten las normas de manera tal que surjan soluciones que funcionen como correctivos de la posición de inferioridad del vulnerable.

VII. Conclusión

Se anhela que estas breves líneas hayan demostrado la importancia que tiene el deber de colaboración probatoria en cabeza del proveedor para brindar una mayor protección del consumidor y su trascendencia para el aseguramiento del derecho a la tutela judicial efectiva de este último. Para terminar, interesa destacar que el derecho no puede resultar indiferente ante las desigualdades estructurales que forman parte de la realidad cotidiana. Las situaciones de asimetrías entre los sujetos de la relación jurídica exigen una respuesta enérgica que no solo se limite a la consagración de derechos sustantivos sino también a la implementación de técnicas procesales que puedan asegurar la protección del más vulnerable.

las exigencias constitucionales (cfr. QUADRI, Gabriel H., "Anticipación de tutela y derecho del consumo", LL Cita online: AR/DOC/1405/2015.

Notificaciones judiciales, TIC y personas en situación de vulnerabilidad en el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires

Andrés L. Nizzo

Sumario: I. La implementación de las TIC en las notificaciones judiciales. Contexto actual en la justicia provincial: fortalezas y problemáticas.— II. Necesarias adecuaciones para la tutela de personas en situación de vulnerabilidad.— III. La sujeción a las Reglas de Brasilia para garantizar el acceso a la justicia a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.— IV. El Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial en la provincia de Buenos Aires.— V. Reflexiones sobre el texto proyectado y apuntes para la aplicación razonable de las TIC con relación a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

I. La implementación de las TIC en las notificaciones judiciales. Contexto actual en la justicia provincial: fortalezas y problemáticas

En los últimos años, las distintas administraciones de justicia de todo el país han avanzado extraordinariamente en la digitalización e informatización de los más variados trámites judiciales. Las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) han revolucionado el modo en que desarrollamos los actos procesales y la manera en que gestionamos documentalmente la información en los procesos judiciales.

En la provincia de Buenos Aires el desarrollo de la informatización de los procesos judiciales ha sido particularmente intenso, colocando a la administración bonaerense entre las jurisdicciones más avanzadas en la materia. La Suprema Corte de Justicia provincial ha sido pionera en la incorporación de mecanismos y herra-

mientas tecnológicas para mejorar la eficiencia y la eficacia del servicio de justicia, en el entendimiento de que su uso permite agilizar los trámites judiciales, a la vez que contribuye a la seguridad de las comunicaciones (1).

(1) Para una aproximación sobre el panorama actual del desarrollo del expediente judicial electrónico en la provincia de Buenos Aires, ver: BIELLI, Gastón E. - NIZZO, Andrés L., "Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires", La Ley, 5/03/2021, 1, cita online: AR/DOC/483/2021; ARGERI, Gastón M. M. - NIZZO, Andrés L., "Comunicaciones judiciales y la implementación de códigos QR de validación. Nuevas formas de generar, remitir y diligenciar cédulas, mandamientos y oficios en soporte papel en la Provincia de Buenos Aires", La Ley, 19/2/2021, 1, cita online: AR/DOC/379/2021; NIZZO, Andrés L., "Las notificaciones automatizadas en el proceso judicial bonaerense", La Ley, 13/11/2020, 1, cita online: AR/DOC/3723/2020; BIELLI, Gastón E. - NIZZO, Andrés L., "Régimen de expediente judicial electrónico en la Provincia de Buenos Aires", La Ley, 4/05/2020, 5, cita online: AR/DOC/1370/2020.

A partir de la sanción de la ley 14.142 (2), el tribunal bonaerense ha ido regulando en forma progresiva y sostenida los más diversos aspectos relacionados a las notificaciones procesales electrónicas, para lo cual se ha servido —en muchas ocasiones— de la experiencia práctica desplegada por algunos organismos jurisdiccionales que, por propia iniciativa, fueron adoptando procedimientos tecnológicos innovadores aún sin previsión o autorización reglamentaria expresa.

Con el *Reglamento para las notificaciones por medios electrónicos* (RNE), aprobado por el ac. 3845/17 (3), la Suprema Corte disciplinó todo lo atinente al sistema de notificaciones electrónicas, incluyendo previsiones sobre el procedimiento para efectuar las comunicaciones, las cargas procesales que pesan sobre las interesadas y los interesados en practicarlas y la digitalización de los documentos que deban adjuntarse, entre otros aspectos.

Posteriormente, mediante el ac. 3997/20 (4), la Suprema Corte modificó ciertos artículos del RNE para incorporar un nuevo procedimiento para la generación, remisión, confornto y diligenciamiento de aquellas cédulas y mandamientos que aún hoy deben instrumentarse en soporte papel, para practicar la comunicación en los domicilios físicos de sus destinatarias y destinatarios.

Con esa última actualización, se estableció que en los casos de las cédulas y mandamien-

(2) Norma promulgada el 8/07/2010 y publicada el 26/07/2010. Incorporó la notificación electrónica al entramado procesal bonaerense y delegó en la Suprema Corte las potestades reglamentarias para el uso de las nuevas herramientas tecnológicas, con carácter obligatorio para litigantes y auxiliares de la justicia.

(3) Dictado por la Suprema Corte de Justicia el 22/03/2017 y vigente desde el 2/05/2017. Quedará derogado con la entrada en vigencia del Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos aprobado por el ac. 4013/2020, prevista para el 23/08/2021, según el ac. 4023/2021.

(4) El mecanismo para la generación y diligenciamiento de cédulas y mandamientos en papel previsto en el Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos aprobado por el ac. 4013/2020 es sustancialmente idéntico al regulado en el régimen del ac. 3845/2017 (texto según ac. 3997/2020).

tos que deban ser diligenciados en papel, su generación y posterior remisión a la oficina o delegación de mandamientos y notificaciones, juzgado de paz u oficial *ad hoc*, según corresponda, se hará exclusiva e íntegramente por medios electrónicos.

Pero como los instrumentos así generados y diligenciados no llevan firmas ológrafas ni sellos del órgano judicial, ni se le adjuntan constancias impresas de los documentos a ellos vinculados (copias para traslado), se contemplan mecanismos telemáticos para la validación y verificación de la integridad y autenticidad de los documentos electrónicos, así como para acceder, en su caso, al contenido de los archivos adjuntos.

Así, en el proceso judicial bonaerense, aparecen para la destinataria o el destinatario de la comunicación dos alternativas: a) el ingreso manual de un código de verificación alfanumérico (impreso en el papel que se le entrega) en un portal web; b) o bien el escaneo con un teléfono móvil u otro dispositivo del código QR que se inserta al pie del documento.

Con uno u otro sistema (código alfanumérico o código QR), la destinataria o el destinatario de la comunicación tiene a su disposición un mecanismo a primera vista eficiente, seguro y conveniente mediante el cual podrá verificar la autoría e integridad del documento de comunicación así como el contenido de las copias que eventualmente se encuentren anexadas en soporte digital a aquel, para arribar al íntegro conocimiento de la finalidad y objeto del anuncio, respetando y asegurando de esta forma el debido proceso.

Los problemas, sin embargo, aparecen cuando la persona que recibe una comunicación judicial con estas características se encuentra en una situación de vulnerabilidad que le impida acceder eficazmente a los medios tecnológicos que el mecanismo diseñado requiere para el pleno acceso a la información que se pretende poner en conocimiento.

Pensemos, a modo de ejemplo, el caso del traslado (o del aviso) de un informe pericial a una persona con capacidad restringida que se practique a través de una cédula generada y di-

ligenciada del modo previsto en la reglamentación sobre notificaciones judiciales, en donde deberá acudir a medios tecnológicos y conocimientos específicos (acceso a un ordenador o dispositivo con conexión a internet, o un teléfono con cámara y servicio de datos móviles) para poder tomar conocimiento del peritaje y ejercer, a partir de allí, sus actos de defensa.

En supuestos como el relatado, es claro que el irrestricto apego de la reglamentación vigente en materia de notificaciones y la aplicación de las TIC al acto de comunicación, irá en claro desmedro de los derechos humanos de la persona destinataria de la comunicación, porque en lugar de proteger el acceso a la justicia directamente la excluirá del sistema.

II. Necesarias adecuaciones para la tutela de personas en situación de vulnerabilidad

En base a las particulares circunstancias que en la práctica podemos observar con relación a determinadas personas, y sin desmerecer los notables beneficios que reporta la implementación de las TIC a los procesos judiciales, no debemos perder de vista que ese proceso debe ir necesariamente acompañado de todas las condiciones para asegurar y garantizar dos principios fundamentales: el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Para que las innovaciones implementadas por la Suprema Corte provincial funcionen adecuadamente y representen un instrumento idóneo para ampliar la protección de los principios enunciados, las operadoras y los operadores de “un lado y otro de la pantalla judicial” debemos adoptar posturas flexibles y estar atentos al entorno y a las condiciones en que aplicamos las herramientas tecnológicas.

En especial, no podemos descuidar que, para las personas en situaciones de especial vulnerabilidad, las barreras del entorno pueden llegar a constituir graves obstáculos a la participación social y al acceso a la justicia.

Desde luego que las TIC influyen en el incremento de las posibilidades de las personas vulnerables: algunos desarrollos reducen las dificultades derivadas de ciertas condiciones desventajosas, en particular para las personas con discapacidad, que pueden valerse de la tecno-

logía para mitigar de alguna manera los efectos de la reducción de la movilidad, la audición o la visión.

Además, la incorporación de las TIC en todos los ámbitos de la vida social, laboral y familiar permite modificar la forma de vivir y de comunicarnos, y para muchas personas en situación de vulnerabilidad pueden significar un canal eficaz para la integración a esas esferas y el ejercicio de sus derechos.

Pero a la par de esas beneficiosas potencialidades, las TIC también pueden erigirse en nuevas vallas y en motivo de desigualdades si no presentan la accesibilidad necesaria para que puedan ser utilizadas por todas y todos, con independencia de su situación o condición de vulnerabilidad.

Por eso, es necesario que todas las personas involucradas en la gestión de los procesos judiciales tengamos especialmente en consideración las particularidades de las TIC y el contexto en el que las empleamos, a fin de evitar que una irreflexiva utilización de la tecnología provoque en los hechos la frustración del derecho al acceso a la justicia.

En el marco de la sociedad de la información en la que nos encontramos inmersos, el nivel de penetración de los bienes y servicios ligados a las TIC en la población en general y en los grupos vulnerables en particular debe ser el punto de partida para evaluar las posibilidades de acceso y determinar, en casos específicos, el tipo de medio a emplear o los ajustes particulares que deban realizarse para concretar las notificaciones procesales, de modo que se garantice que el acto de notificación sea efectivo y eficaz.

Aún son grandes las brechas que existen tanto en la disponibilidad y el acceso a las TIC en sí como en la calidad de ese acceso. Las personas adultas mayores, las personas con o en situación de discapacidad, las y los integrantes de determinadas comunidades indígenas y las personas en condiciones socioeconómicas desventajosas, son particularmente vulnerables con relación a las TIC, ya sea por la imposibilidad o la dificultad de acceder plenamente a ellas, así como por el riesgo que, en ocasiones, representa su empleo.

Las condiciones de vulnerabilidad que afectan a ciertas personas y grupos pueden provocar su exclusión de la sociedad de la información, y dicha circunstancia implica a la vez una barrera casi insalvable para el acceso a los derechos civiles, políticos, culturales y sociales.

III. La sujeción a las Reglas de Brasilia para garantizar el acceso a la justicia a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad

Las Reglas de Brasilia (5) son una herramienta de vital importancia al momento de emprender con éxito la tarea de administrar justicia en forma inclusiva y eficaz, que debemos seguir a fin de que la mecánica incorporación de las TIC a los procesos judiciales no sea una fuente de exclusión sistémica de las personas y grupos en situación o condición de vulnerabilidad.

Según este importantísimo instrumento, se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas o grupos de personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla N° 3).

Pueden constituir causas de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, entre otras (regla N° 4).

Lo que se debe procurar, en todos los casos, es establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas vulnerables al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privaci-

dad y comunicación (reglas N° 25, 33, 34, entre otras).

Todas las personas involucradas en la administración de justicia debemos observar el cumplimiento de estas reglas, en especial las y los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial, las personas a cargo de la magistratura, las abogadas y los abogados, etcétera (regla N° 24).

De allí que las operadoras y los operadores judiciales debemos estar permanentemente conscientes de las circunstancias que podrían representar obstáculos o barreras para ciertas personas y grupos a la hora de emplear determinados medios de notificación, cuidando a la vez la modalidad del lenguaje que utilizamos para asegurar la adecuada comprensión de lo que pretendemos informar.

Se deben promover las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad (regla N° 46).

En cuanto a la forma o medios para el suministro de la información, se indica que deberá prestarse de acuerdo con las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria (reglas N° 51, 52 y 53, entre otras).

También se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto, así como las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad (regla N° 55).

IV. El Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial en la provincia de Buenos Aires (6)

(6) El texto del anteproyecto puede ser consultado en el siguiente enlace: https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial.

(5) Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. Fueron actualizadas en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en abril de 2018, en la ciudad Quito.

El Anteproyecto del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial (de aquí en adelante, “anteproyecto”) recientemente presentado, contempla una serie de previsiones que, en plena armonía con las Reglas de Brasilia previamente citadas, tienden a hacer operativa esa tutela procesal diferenciada para las personas en situación de vulnerabilidad.

Entre los que aquí me interesan destacar, se consagran como deberes generales de las juezas y jueces (7):

1. Evitar que la desigualdad de las partes se traduzca en una desventaja en el ejercicio de los derechos y garantías en juego, especialmente cuando se trate de conflictos individuales o colectivos que involucren bienes o personas de tutela constitucional o convencional preferente y/o medien situaciones de vulnerabilidad.

2. Dictar, de oficio o a pedido de parte, las medidas de protección de derechos respecto de personas en situación de vulnerabilidad o de niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida o incapaces.

3. Utilizar un lenguaje claro, sencillo y conciso en toda actuación oral o escrita, y adecuar razonablemente el lenguaje de las decisiones y comunicaciones judiciales en función de las destinatarias y destinatarios.

4. Realizar los ajustes razonables para garantizar el debido proceso, mantener la integridad de las personas que intervienen y evitar la revictimización de las personas en situación de vulnerabilidad.

A las personas a cargo de la dirección de las oficinas de gestión de judicial (8) (cuya creación propone el anteproyecto) se les impone el deber de ejercer su función con perspectiva de géne-

(7) Ver art. 43 inc. 1º, 7º, 10º, 19º y 20º del anteproyecto.

(8) La oficina de gestión judicial se diseña como una organización que servirá de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional, que tendrá a cargo el ejercicio de todas las funciones administrativas de trámite del proceso (art. 52). Entre otras áreas, contará con una de mesa de entradas, donde se informará y evacuará las consultas de las partes, abogadas, abogados, auxiliares de la justicia y público en general (art. 56).

ros y de adoptar las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten la comprensión de toda actuación en la que participe una persona en situación de vulnerabilidad (9).

Con el objeto de hacer operativa la protección procesal de las personas en situación de vulnerabilidad, como primera medida de neto corte práctico se contempla que las juezas y los jueces identifiquen la existencia de personas involucradas en los procesos judiciales en los que intervengan que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

De este modo, el art. 95 del anteproyecto dispone que “[a] pedido de parte, la jueza o juez podrá declarar que una o ambas partes se encuentran en situación de vulnerabilidad por pertenecer a grupos subalternizados, cuando tal circunstancia incida negativamente sobre sus posibilidades de actuación en el proceso”.

Como causales de subalternización, el anteproyecto señala la edad, capacidad restringida o incapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, migración o desplazamiento interno, situación socioeconómica, géneros y privación de libertad. Se trata de un listado meramente enunciativo, por lo que podrá hacerse mérito de otras causas no enumeradas expresamente que, de algún modo, coloquen a la persona en una situación de vulnerabilidad que razonablemente justifique la adopción de ajustes procesales particulares.

El planteo, según el texto propuesto, debe ser expreso (requiere pedido de parte), y podrá efectuarse “de manera fundada con la demanda o contestación, y se resolverá previo aviso a la otra parte. Con posterioridad a esa etapa, el planteo podrá formularse dentro de un plazo razonable después de haber sobrevenido la situación de vulnerabilidad”.

De acuerdo con el anteproyecto, la declaración de vulnerabilidad de una de las partes produce importantes efectos procesales (cuyo análisis excedería el limitado objeto de este trabajo), que básicamente tienden a flexibilizar ciertos aspectos del trámite, la simplificación

(9) Art. 55 inc. 6º del anteproyecto.

de los procedimientos, la ampliación de algunos plazos y la atenuación de los principios de preclusión y carga de la prueba en beneficio de quien obtenga tal declaración.

En cuanto a las notificaciones procesales, el art. 209 del anteproyecto prevé que “[l]as notificaciones a las personas que sean citadas para intervenir en el proceso y aquellas sobre medidas cautelares se efectuarán en las condiciones y por los medios que establezcan las normas prácticas (10), priorizando aquellos digitales y prestando especial atención a personas en situación de vulnerabilidad”.

De tal modo, con relación a las personas declaradas en situación de vulnerabilidad, se impone el deber de atender especialmente dicha circunstancia a efectos de que el acto de notificación cumpla con su finalidad natural, esto es, no solo que su destinataria o destinatario efectivamente tome conocimiento de los aspectos relevantes de su intervención en el proceso, sino que comprenda el objeto y la naturaleza de lo que se comunica.

El art. 212 del anteproyecto, que regula el contenido de las notificaciones, contempla que se incluyan los siguientes datos:

1. Nombre y apellido o razón social de la persona a notificar.
2. Proceso en que se practica.
3. Juzgado en que tramita el proceso.
4. Transcripción de la parte pertinente de la providencia, resolución o sentencia.
5. El objeto de la notificación, expresado en un lenguaje claro, conciso y sin tecnicismos, de modo tal que la destinataria o destinatario pueda comprender acabadamente la finalidad de la notificación.

(10) El anteproyecto contempla en su art. 975 la creación de una "Comisión de normas prácticas", a integrarse por tres representantes de la Suprema Corte de Justicia, una o una del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y tres representantes del Poder Ejecutivo, que tendrá a cargo (entre funciones) la elaboración y dictado de las "normas prácticas", que regularán cuestiones eminentemente práctico-procesales en los casos en que el código expresamente remita a ellas.

6. La dirección, correo electrónico y número telefónico de, al menos, la defensoría oficial y el consultorio jurídico gratuito del respectivo colegio de abogados departamental y centro de acceso a la justicia nacional o provincial más cercano.

7. Cuando se notifique una resolución o sentencia, deberá contener su texto completo y la comunicación explicativa prevista en el artículo 489 [en el anteproyecto se consigna luego como art. 490] (Comunicación explicativa e información sobre vías recursivas) e informar a las partes que el recurso es admisible contra ella, el órgano ante el cual debe interponerse y el plazo para ello.

Específicamente para la citación de niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces, el proyectado art. 217 prevé que “[s]alvo circunstancias excepcionales, la citación del artículo 201 (Entrevista personal con niñas, niños, adolescentes, personas con capacidad restringida e incapaces) será notificada con una antelación de al menos 3 días. La notificación será redactada en términos claros, sencillos y sin tecnicismos. Además del día, hora y lugar de la entrevista, se informará que comparecer es un derecho, no un deber. Cuando la jueza o juez advierta interferencias, podrá disponer que la niña, niño o adolescente sea anoticiado de la citación por intermedio de un integrante del equipo técnico en los casos que se tramitan ante los juzgados de familia o de otra forma que considere apropiada”.

Finalmente, el art. 490 del anteproyecto (al que remite el art. 212 aunque se indica como art. 489), titulado “Comunicación explicativa e información sobre vías recursivas”, dispone que “[t]odas las sentencias interlocutorias que pongan fin al proceso o impidan su continuación, y las sentencias definitivas, deberán ser acompañadas de un resumen explicativo, sin fuerza normativa, de la parte dispositiva y sus principales argumentos, redactado en lenguaje conciso, claro y accesible que tenga en especial consideración las características de las partes. Asimismo, se indicará cuáles son los recursos admisibles contra la decisión, el plazo y el órgano judicial ante el que se plantean”.

V. Reflexiones sobre el texto proyectado y apuntes para la aplicación razonable de las TIC con relación a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad

Como podemos advertir, en el anteproyecto se ha tomado nota de las dificultades que se presentan a la hora de garantizar y proteger los derechos de las personas o grupos de personas que, por múltiples causas, se encuentran en circunstancias o estados de particular vulnerabilidad.

En esa orientación, se prevén deberes específicos a las juezas y los jueces, así como a las encargadas y los encargados de las oficinas de gestión judicial, tendientes a concretar de manera efectiva el derecho de acceso a la justicia, a través de la adopción de medidas positivas y concretas destinadas a remover aquellas barreras e impedimentos de orden jurídico, económico, social o cultural que retrasen, obstaculicen o directamente impidan el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares.

La declaración en situación de vulnerabilidad de las personas involucradas en una causa judicial es el presupuesto que da pie al deber específico de adoptar medidas y ajustes tendientes a la protección de aquellas. Como observación, estimo que debería contemplarse que las juezas y los jueces, como destinatarios particulares de las Reglas de Brasilia (regla N° 24), tengan el deber de dictar de oficio la declaración de la situación de vulnerabilidad de alguna de las partes, cuando tal circunstancia surja clara del caso.

Es destacable la importancia que se le otorga a la comunicación en lenguaje claro, sin tecnicismos de difícil comprensión para las destinatarias y los destinatarios, en especial cuando la persona se encuentre en esa particular situación de vulnerabilidad.

Reconociendo el notable avance en el desarrollo e implementación de las herramientas tecnológicas a la tramitación de los expedientes judiciales y los enormes beneficios que representa el abandono casi total del soporte papel para la gestión documental del proceso, en el anteproyecto las TIC mantienen un rol central.

En este sentido, se prevé que las notificaciones procesales se canalicen principalmente por medios electrónicos de comunicación, pero sin descuidar a las personas en situación o estado de vulnerabilidad que podrían verse excluidos del acceso a la justicia cuando sus particulares condiciones tornen dificultoso o imposible el efectivo y adecuado conocimiento y comprensión de la información judicial.

Para ello, las operadoras y los operadores jurídicos deberán considerar, en cada caso y de acuerdo con las circunstancias de la persona destinataria de una comunicación judicial, si el medio a emplear y la modalidad del lenguaje que se utilice resultan idóneos para que el acto de notificación sea eficaz y cumpla verdaderamente con su objetivo.

Tal como afirman los Principios Tecnológicos sobre Acceso a la Justicia del Estado de Washington, “[l]os avances de las tecnologías de comunicación e información, incluyendo Internet, presentan retos significativos para alcanzar e igualar el acceso al sistema de justicia, que la tecnología puede proporcionar mayores rutas para un acceso de calidad, pero también puede perpetuar y exacerbar barreras existentes y crear nuevas barreras significativas” (11).

Teniendo ello en cuenta, y siguiendo las reglas y principios que recepta el anteproyecto, corresponderá, por caso, desechar la utilización de aquellos mecanismos que impliquen para su destinataria o destinatario la necesidad de acudir a una tecnología específica que no esté a su alcance, o que le sea de dificultosa utilización.

Y si bien tal proceder debería ser adoptado actualmente por las juezas y los jueces a través de la directa aplicación de normas constitucionales, convencionales y leyes de fondo, las Reglas de Brasilia y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, la consagración expresa de directivas procesales específicas para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad será, sin dudas, un valioso

(11) "Principios Tecnológicos sobre Acceso a la Justicia del Estado de Washington", aprobados por la Corte Suprema el 3/12/2004.

instrumento normativo local para garantizar y extender la tutela judicial diferenciada al mayor número de personas posible.

El anteproyecto se trata, en suma, de un texto que pretende convertirse en una herramien-

ta práctica para cumplir y hacer operativas las cláusulas constitucionales, los tratados y convenios internacionales y las leyes sustantivas que obligan al Estado a tomar las medidas de protección con relación a las diferentes personas y grupos tutelados por cada instrumento.

Aportes y (re)interpretaciones feministas para la transformación de la justicia (*)

Camila Denise Beguiristain (**)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Acceso a qué? Acerca de los derechos.— III. (Re)definiendo la justicia: acerca de las condiciones de acceso.— IV. ¿Reafirmación o transformación?— V. Los cimientos para una nueva justicia: la ineludible aplicación del enfoque de género(s) y derechos humanos.— VI. Palabras de cierre.— VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

En el espacio académico, hace tiempo resuenan las alarmas y los pedidos de reforma judicial bajo el argumento de una estructura de poder que, al mismo tiempo que es plataforma de exigencia de satisfacción de los derechos humanos, está diseñada y gestionada para funcionar y dar respuestas ineficientes, desiguales y conservadoras a demandas sociales complejas y dinámicas.

Sin embargo, el desfasaje generado entre las respuestas judiciales y la protección y garantía de nuevos y mejores derechos asumidos por el Estado, también acarrea la incomodidad de los grupos sociales minoritarios (1) a los que el poder judicial brinda un servicio poco eficiente

cuando no violatorio. En consecuencia, los grupos que el poder hegemónico denominó como vulnerables, comienzan a reclamar no solo por una transformación del sistema sino también por participar en dicho proceso (Pateman, 2014).

En el caso de las mujeres y del colectivo LGBTIQ+, la demanda de cambio se tradujo en lo que llamamos *reforma judicial feminista y trans-feminista* (2). A través de ella, estos movimientos y pensamientos críticos (Carosio, 2017) nombran y hablan en términos propios sobre aquello que no tiene nombre y está silenciado para visibilizar que el poder y su funcionamiento responde a un sistema que, en términos culturales, económicos y representativos (Fraser, 2015), es funcional a un régimen androcéntrico.

Más allá de la base convencional, el soporte elemental sobre el que se construye y se define dicha transformación es el hecho de que los derechos fundamentales reconocidos y declarados quedan anulados frente a un poder que

(*) La autora agradece los aportes de Marisa Herrera y Caren Kalafatich.

(**) Abogada, egresada distinguida de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Maestranda en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata y maestranda en Género y Políticas Públicas en FLACSO.

(1) En el presente trabajo, el término minorías hará referencia a grupos cuyo estatus es inferior respecto del dominante. Es decir, la minoridad no refiere al número sino a la carencia de poder. Así, mientras las minorías sociales sufren desventajas por prejuicios históricos, las minorías culturales son portadoras de identidades culturales distintas de la dominante. Entendemos entonces, que las

mujeres pueden padecer ambas cuando lo histórico y lo cultural interseccionan (REYES, M., 2010).

(2) Sin desconocer las demandas propias del colectivo LGBTIQ+ y las tensiones con el movimiento de mujeres, a los fines prácticos, cada vez que se utilice el término *reforma judicial feminista*, se abarcará ambos. Ello porque el feminismo y transfeminismo han sabido dialogar y unir sus luchas contra la misma opresión.

produce, reproduce y refuerza patrones socio-culturales y distributivos que agravan la discriminación en términos de sometimiento. Por ello, se vuelve imprescindible abandonar formas participativas débiles y funcionales a los imperativos elitistas y patriarcales para lograr un proceso de deliberación democrático plural (Dietz, 2001; Mouffe, 1993) en donde las voces que han sido excluidas y anuladas encuentren justicia en términos de lo que Fraser (2015) llama paridad participativa.

Para alimentar y sostener la necesidad de transformación, organizaré el resto del trabajo en cuatro apartados. En el primero, expondré el recorrido del derecho para la protección y garantía de igualdad para las mujeres y LGBTIQ+. En el segundo, problematizaré la noción de justicia y de acceso para plantear una (re)definición más amplia y plural a partir de la sanción de los nuevos derechos. En el tercero, demostraré a través de distintos casos que, pese a la sanción de derechos de avanzada, los jueces siguen comunicándose con la sociedad a través de procesos y sentencias que crean, reproducen y perpetúan patrones estereotipados violatorios de los derechos humanos de las mujeres y LGBTIQ+. En el cuarto, desarrollaré qué entendemos por reforma judicial feminista y transfeminista y los fundamentos convencionales, sociales, económicos y políticos que obligan, nutren e impulsan la transformación.

II. ¿Acceso a qué? Acerca de los derechos

Desde hace tiempo se enfatiza en el cambio de paradigma sobre el acceso a la justicia. Ello implicó el cambio de una concepción que la concebía como una mera declaración de posibilidad de defensa de derechos individuales del cual las personas eran usuarias, a otra que destaca e insiste en definirla como un derecho humano pluridimensional (3) (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [Comité CEDAW], 2015) del cual las personas son titulares para ejercer otras prerrogativas individuales y colectivas.

(3) Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos y la rendición de cuentas.

Como contrapartida, el Estado queda obligado a brindar un servicio público (Méndez, 2000) universal que, aunque no puede depender de la posición en la que se encuentran las personas, la realidad ha demostrado que se convirtió en un privilegio no solo de clase sino también de sexo-género (4).

Frente a ello, no existe crítica válida si no se realiza un análisis que problematice el acceso a qué derechos —y en qué condiciones— tienen los grupos históricamente discriminados y sometidos.

Sobre la primera noción (el qué), el feminismo y transfeminismo supieron reconocer y demostrar que el derecho, en tanto producto socialmente construido, es otro espacio de expresión de las relaciones patriarcales que definen y normalizan las subjetividades (Beguiristain, 2020) a partir de la experiencia del hombre.

Si la ciudadanía surge en el mundo moderno bajo los términos de libertad e igualdad para gozar del derecho a tener derechos (Arendt, 1933), las mujeres y el colectivo LGBTIQ+ no forman parte de esta por no ser ni libres, ni iguales y por no tener reconocidos los mismos derechos que los hombres; o, si estando reconocidos, estos son violados.

Desde el año 1789, con la flamante Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con que se alzaron las banderas de la democracia y la ciudadanía universal, las mujeres y el colectivo LGBTIQ+ luchamos por ser sujetos de derechos. Dicha afirmación es fácil de comprobar si observamos que Olympe de Gouges, en el año 1791, rápidamente parafrasea dicha Declaración bajo la redacción de un texto que denominó “Declaración de la mujer y de la ciudadana” para visibilizar la exclusión nominal y normativa de las mujeres que proponía el paradigma androcéntrico (Lagarde, 1996).

(4) Los análisis feministas y sociales utilizan la categoría de género para explicar las desigualdades sociales que se generan a partir de la diferencia sexual, remitiendo a roles y funciones asignadas a cada uno de los dos sexos reconocidos en el sistema heterosexual para dar lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres que actúan en favor de éste y en detrimento de aquella (Comité CEDAW, 2010).

En consecuencia, el nuevo pacto social de la modernidad, lejos de olvidarnos, nos recordó la prohibición de participación y nos ubicó a su merced. Ello ocasionó lo que Pateman (2018) describió como el traspaso del viejo patriarcado a uno más moderno denominado contrato sexual. A partir de allí, el mundo fue concebido bajo una dicotomía inquebrantable entre lo público y lo privado, asignando al primero —dominado por el hombre y valorado social y económicamente— el dominio de lo segundo —asignado a las mujeres y carente de todo tipo de valoración—.

Además del valor socioeconómico asignado al espacio público, este fue concebido como el terreno de lo político por excelencia. Así se naturalizó una supuesta despolitización del espacio privado que quitó toda posibilidad de traslado de las cuestiones privadas al terreno de lo público, olvidando que tal división y la subordinación de la mujer por el marido ya eran actos políticos.

Como derivación de lo anterior, las mujeres no han participado en los espacios remunerados y de toma de decisiones, ocasionando, entre otras cosas, la feminización de la pobreza y el padecimiento de legislaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos ya sea por la ausencia completa de consideración de sus necesidades y su realidad o por haberse abordado desde el punto de vista de lo que los hombres creían necesidades de las mujeres. De allí que la democracia ha tenido serios problemas de exclusión.

La normativa argentina tampoco ha sido ajena si contemplamos cómo fue regulado el adulterio (5), la penalización del aborto (6), el

derecho al voto (7), los deberes conyugales (8), entre otras.

Ante ello, desde el primer Congreso Femenino Internacional celebrado en Argentina el 23 de mayo de 1910 (9) al día de la fecha, el movimiento feminista ha luchado sin descanso.

En el año 1994, cuando la Constitución Nacional argentina incorpora una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos —algunos con jerarquía superior a las leyes y otros con jerarquía constitucional—, las feministas comienzan a reclamar por la vigencia de sus derechos fundamentales con mayor impulso y resistencia. Y si bien como señalan Maffía y Gómez (2009), el androcentrismo del derecho también fue verificable en el campo de los derechos humanos (10), prontamente estos se convirtieron en herramientas vitales para dar lugar a múltiples debates que pusieron en jaque el *statu quo* a través de la sanción de: i) la ley 20.012 de Cupo Femenino; ii) la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, iii) la ley 26.791 que incluye el femicidio a Código Penal, iv) la ley 25.970 de Moratorias Previsionales para Amas de Casa, v) la ley 26.994 que sanciona el nuevo Código Civil y Comercial instaurando, entre otros institutos, la compensación económica, vi) la ley 27.610 de Acceso al Aborto, vii) la ley 27.611 de Atención y Cuidado Integral de la

bora (médicos/as, cirujanos/as, parteras/os o farmacéuticos/as a quienes les cabrá además la inhabilitación).

(7) En la República Argentina, fue recién en 1947 que se permitió el sufragio femenino con la ley 13.010 que se sancionó el 9 de septiembre y promulgada el día 23 del mismo mes.

(8) El deber de la mujer de la cohabitación y de estar a disposición del marido incluía implícitamente el mandato de tener relaciones sexuales aun cuando estas fueran en contra de su voluntad, ya que si estas no lo hacían era acusadas de trasgredir las obligaciones maritales.

(9) Académicas, sindicalistas, políticas y profesionales de distintos países se reunieron para debatir, entre otros temas, el derecho al voto, la participación política y sindical, la necesidad de una ley de divorcio y la esclavitud doméstica.

(10) A pesar de la sanción de instrumentos universales de derechos humanos y más allá del lenguaje, se hizo necesaria la adopción de convenciones específicas para el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

(5) El Código Penal argentino castigó como delito en el artículo 118 al adulterio. Pero la ley era discriminatoria ya que, con respecto a la mujer, el adulterio se configuraba si engañaba una vez a su marido, mientras que el hombre se constituía en adúltero, solo si tenía manceba, o sea si tenía una relación continuada, por lo que engaños con distintas personas y no habituales no eran delito. Hoy en día y producto de la lucha social de las mujeres, este artículo está derogado y el Código Civil y Comercial habla del deber moral de fidelidad.

(6) Hasta la sanción de la Ley Nacional N° 27.610 de Acceso al aborto, del 20 de diciembre de 2020, el Código Penal argentino castigaba con prisión o reclusión a la mujer que se realizara un aborto y a la persona que cola-

Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia, entre otras.

Por su parte, el colectivo LGBTIQ+ padeció la ubicación que el catolicismo le otorgó en el pecado, para luego pasar a lo delictual con el surgimiento del Estado-nación. Posteriormente, a la fe y a la razón se le sumó la ciencia, y allí se terminó de constituir a la orientación sexual y a las identidades y expresiones de género en patologías médicamente tratables (normalizantes). Fue recién en los años 1973 y 1990 en donde, respectivamente, la Asociación de Psiquiatría Americana y la Organización Mundial de la Salud retiraron a la homosexualidad de las desviaciones sexuales como resultado de los movimientos sociales y académicos gestados en la década del 60 y del 70 (11).

Sin embargo, mientras que las mujeres encontraron el reconocimiento de sus derechos en las convenciones generales —bajo la prohibición de la discriminación por motivos de sexo— y en las especiales de derechos humanos —Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)—, el grupo LGBTIQ+ permaneció invisibilizado hasta la adopción de los Principios de Yogyakarta en el año 2006 (12).

(11) Pese a ello, no desconocemos que aún siguen existiendo distintas conductas —sobre todo en el campo de la salud— que patologizan la identidad sexual. Véase <https://quedigital.com.ar/sociedad/un-joven-trans-inicio-los-tramites-para-una-mastectomia-y-su-prepagalo-dio-de-baja/>.

(12) Documento elaborado a petición de Louise Arbour —ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008)—, por 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, incluyendo miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas, reunidos en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. Contiene 29 principios —aprobados por unanimidad— e incluye recomendaciones a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y a la propia organización de las Naciones Unidas. En el año 2017 se incluyeron 10 principios más, formando un total de 37 y 18 recomendaciones. Se constituyeron en la principal referencia en materia de derechos humanos de personas LGBTIQ+. El pronto trabajo de los organismos

Pese a los obstáculos, la República Argentina poco a poco fue reconociéndoles derechos a través de las siguientes leyes: i) ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, ii) ley 26.743 de Identidad de Género y iii) ley 26.636 de Cupo Laboral Trans.

Este breve recorrido sobre los avances normativos nos permite sostener dos cosas. Por un lado, que el activismo y la participación de los grupos que el sistema patriarcal (13) colocó en los márgenes, puso en jaque el sistema sexo-género al compeler al Estado a abandonar visiones estereotipadas. Por el otro, quedó demostrado que el derecho, más que una herramienta, ha sido un campo de lucha.

Demostrado el cambio en el qué, resulta imprescindible revisar las bases y condiciones sobre las que se discutirá: ¿tenemos un sistema al compás de los derechos?

III. (Re)definiendo la justicia: acerca de las condiciones de acceso

Como se mencionó, la estructura social fue diseñada en ausencia de la mitad de la población, y el derecho y la justicia no fueron las excepciones.

Los estereotipos utilizados para la creación de la normativa se trasladaron a la organización, composición y funcionamiento judicial, generando un gran desfase entre los cambios

internacionales de derechos humanos llevó a interpretar que la protección del colectivo quedaba incluida en los distintos Pactos y Convenciones bajo la fórmula de la prohibición de discriminación por 'cualquier otra condición social'. Véase por ejemplo el artículo de la Convención Americana y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el año 2013, se adoptó la Convención Interamericana Contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia previendo, en su artículo 1 inc. 1, párrafo dos, a la orientación sexual, identidad y expresión de género como motivos de discriminación. Sin embargo, al día de hoy, sólo dos Estados la han ratificado (México y Uruguay). Por su parte, la República Argentina sólo la ha firmado.

(13) MILLET (1970) sostiene que es el orden fundante de toda desigualdad y que desde la teoría de género describe el sistema ideológico heteronormativo que atraviesa el conjunto de prácticas sociales y opera produciendo, reproduciendo y procurando perpetuar el dominio de los hombres sobre las mujeres y excluir y anular otras orientaciones sexuales e identidades y expresiones de género.

acogidos por el derecho y el espacio en que estos se reclaman (Gargarella, 2020).

En este sentido, señala Gargarella (2020) que una de las razones de ello es que el viejo modelo organizativo de finales del siglo XVIII es elitista. Adicionando que también es sumamente masculino y patriarcal, nos da como resultado un sistema que además de problemas representativos y de control, ocasiona graves perjuicios en el mantenimiento, reproducción y perpetuación de desigualdades económicas, sociales y de género.

De esta manera, es falso el acceso igualitario a la justicia si consideramos que las mujeres deben cumplir con condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas que posibilitan su reconocimiento a exigir derechos ya sea, desde la asimilación (aplicar a las mujeres *el estándar masculino para los hombres*) o la diferencia (aplicar a las mujeres *el estándar masculino para las mujeres*, que las concibe como distintas e inferiores por lo que requieren especial protección) (MacKinnon, 2018). Estamos, más bien, ante una discriminación estructural (Sagüés, 2018) que se ejerce de manera sistemática, generalizada y de facto por las mismas particularidades que el sistema impuso a estos colectivos (14).

De ahí que el espacio judicial puede continuar con el mantenimiento y la reproducción de la exclusión o puede reconocer, visibilizar, nombrar y desactivar dichas prácticas a través de una labor que modifique las relaciones y percepciones sociales asimétricas.

Tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, para neutralizarlas, "(...) las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación" (CIDH, 2012, p. 78).

(14) En relación con la discriminación estructural véase el fallo CIDH "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil". Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 20 de octubre de 2016.

Sostiene Fraser (2015) que, para ello, la justicia debe ser (re)pensada desde la participación social de las personas como iguales. Sin embargo, las feministas venimos sosteniendo desde hace tiempo que, lejos de la asimilación al sistema dominante, la igualdad (Santa Cruz, 1992) implica una relación recíproca horizontal que requiere: i) la posibilidad de elección y decisión independiente (autonomía); ii) capacidad de ejercicio del poder (autoridad); iii) la emisión de una voz que sea escuchada y goce de credibilidad (equifonía), iv) gozar del mismo valor (equivalencia), v) una relación dialógica entre interlocutores/as y no interlocutados/as (interlocución) y, vi) responsabilidad en el diseño y mecanismo de la vida social.

Dado que la intervención de las mujeres y colectivo LGBTIQ+ carece de los términos señalados, se hace necesario entonces revisar los términos de reconocimiento, redistribución y representación (Fraser, 2015).

Por el primero, debe visibilizarse que el sistema androcéntrico creó patrones culturales y sociales jerarquizados, que privilegian y colocan a lo masculino como lo universal, acarreado la falta de participación de las mujeres y LGBTIQ+ por ser inferiores en estatus. Al mismo tiempo, el movimiento feminista ha expuesto que la visión sesgada del poder llevó a que solo se reconociera una esencia única de lo que es ser mujer sin considerar la intersección (15) de múltiples formas de opresión (como la raza, la etnia, la clase social, la discapacidad, la edad) que ocasionan discriminaciones específicas que condicionan de diferentes maneras el acceso a la justicia, el transcurso del proceso y su reparación (Sordo Ruz, 2020).

En el caso "González Lluy y otros vs. Ecuador", la CIDH (2015) realiza por primera vez el análisis

(15) Si bien el análisis y la introducción de la interseccionalidad en las ciencias sociales se dio formalmente en el año 1989 por Kimberlé Crenshaw, las mujeres han reclamado en todos los lugares y las épocas que la combinación de su identidad sexual y su identidad racial hacían única su situación vital. Por ello, no es casual que el concepto haya surgido en la literatura feminista afroamericana de Estados Unidos, ya que ellas sufrían la misma discriminación que sus pares masculinos, pero al mismo tiempo por parte de ellos.

lisis de la interseccionalidad **(16)** disponiendo que:

“(...) la Corte nota que en el caso Talía confluieron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores (...)” (p. 87).

En el mismo sentido, el Comité CEDAW (2010) dispuso en la Observación General 28:

“La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados parte deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal” (p. 5).

Tiempo después, en la Observación General 33 relativa al acceso a la justicia, el mismo Comité (2015) señala:

“La discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que

(16) El Tribunal reiteró el mismo concepto en el caso "I. V. Vs. Bolivia". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016. En el caso, la víctima había sufrido discriminación por ser mujer, por su condición económica y por refugiada.

afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de estas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres. Además, la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres” (p. 4).

En cuanto a la redistribución, pese a la sanción de derechos humanos económicos y sociales, he señalado que la división entre los espacios públicos y privados ocasionó la división sexual del trabajo, es decir, la limitación de las mujeres y colectivo LGBTIQ+ para el acceso a los trabajos valorados social y económicamente (productivos). Al mismo tiempo, en caso de acceder, el sistema procuró mantener la estratificación horizontal **(17)** y vertical **(18)** para evitar intromisiones en los puestos mejor remunerados y de toma de decisiones.

En consecuencia, se naturalizó el desarrollo del trabajo reproductivo (creación de personas y tareas de cuidado) de manera altruista, invisibilizando su valor económico-social **(19)** y la pobreza y la dependencia económica se volvieron inevitables.

Por último, la dimensión de la representación nos advierte que en las deliberaciones sociales no todas las personas tienen la misma voz y, como se ha indicado, el poder judicial fue cons-

(17) Solo accederán a tareas que el régimen estereotipado considera apropiado al género, por ejemplo, los servicios sociales. Se conoce a esta limitación como paredes de cristal.

(18) Solo podrán escalar jerárquicamente hasta cierto punto, sin poder llegar a los puestos más altos. Al mismo tiempo, el ascenso no será un camino lineal en igualdad de condiciones, sino que serán mayores los obstáculos que los que de sus pares masculinos. Se conoce a estas limitaciones como techo de cristal y pisos pegajosos, respectivamente.

(19) El trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (...) representa un 15,9% del PIB y es el sector de mayor aporte en toda la economía, seguido por la industria (13,2%) y el comercio (13,0%)” (Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía, 2020, p. 10) y se lo considera improductivo y feminizado, cuando es por este que el capital tiene a los/as trabajadores/as en condiciones de emplearse y se mantiene la existencia de la comunidad con menor gasto público

truido desde un arriba para un abajo muy distinto. En consecuencia, la toma de decisiones anula las opiniones, consideraciones y reclamos de ciertas personas que, o no participan plenamente o están absolutamente excluidas.

Recapitulando. Como puede advertirse, los tres obstáculos se encuentran entrelazados y se retroalimentan, por lo que la superación de las injusticias requiere de un tratamiento en simultáneo. Y, si consideramos el ámbito judicial como una instancia de participación ciudadana que a través de la deliberación (Gargarella, 2014; Cabral, 2008) permite el reclamo por la protección, garantía y/o reparación de los derechos humanos y la transformación de las relaciones sociales, este requiere una revisión en los términos de: i) reconocimiento, para eliminar la creación, mantenimiento y reproducción jerarquías sociales; ii) redistribución, para visibilizar que la privación del acceso a los recursos en condiciones de equidad impide la participación igualitaria y, iii) representación para evitar la negación de iguales oportunidades para la participación en la construcción del sistema, su composición y la presentación de reivindicaciones de justicia.

IV. ¿Reafirmación o transformación?

Sabido es que la buena calidad de los sistemas de justicia se mide, entre otras cosas, por el cumplimiento de las garantías de imparcialidad e independencia. Sin embargo, demostraré que los jueces no son imparciales ni independientes frente al “poder de los poderes”: el patriarcal. En este sentido, el comportamiento de los jueces durante el desarrollo del proceso, así como en la emisión de la sentencia, está cargado de contenido violatorio de los derechos humanos de las mujeres y LGBTIQ+, que se agrava cuando se expiden respecto de casos que no se ajustan a los roles socialmente atribuidos para normalizar e impedir cualquier “desvío” (Carrera *et al.*, 2020).

Por cuestiones de espacio, he seleccionado seis causas que reflejan la diferencia entre los derechos proclamados y la satisfacción efectiva, haciendo de la justicia un espacio inaccesible en términos de reconocimiento, redistribución y representación.

De la causa caratulada “Reyes, Rosalía Esther s/ recurso de casación” y su acumulada “Reyes, Rosalía Esther s/ recurso de casación (art. 417, CPP)”, surge que Rosalía es madre de cuatro hijos/as a los que mantenía sola. Trabajaba intensamente en un frigorífico de la ciudad de Argerich cuya jornada se extendía de las 4 am a 22 pm. No tenía ningún derecho laboral, y al tener su último hijo le advirtieron que no volviera a quedar embarazada. Pero sucedió.

El 18 de mayo del 2005 al regresar de su trabajo a las 21 pm cuenta que se recuesta porque se sentía descompuesta. A las dos horas va al baño porque sentía dolores fuertes y luego de algunas contracciones nace una bebé. Se desmaya y al recobrar la conciencia le pide ayuda a su hija de 12 años. Al asistir a la bebé la ve muerta. Al día siguiente llaman a la psicóloga de la hija mayor (quien la atendía por el abuso sexual que había sufrido por el exmarido de Rosalía) en busca de ayuda, pero esta viola el secreto profesional y llama a la policía.

La policía llega a la casa, encuentra a la bebé y Rosalía es detenida. Un año después es excarcelada y comienza a atravesar el juicio en libertad, por homicidio calificado por el vínculo. Luego de dos audiencias, toma conocimiento de que era probable que la condenen a perpetua, por lo que escapa con sus hijos e hijas a Zárate.

Estuvo prófuga por 12 años, pero el 13 de junio de 2018 es detenida porque al estar esperando el subte de la línea C de la estación de Retiro, las cámaras de reconocimiento facial la detectaron.

Comienza así el segundo juicio y el 19 de febrero de 2020 la condenan a ocho años de prisión por haberse “acreditado” que el deceso de la recién nacida fue intencional por la omisión de los cuidados necesarios.

Comenzaron entonces las movilizaciones de los movimientos feministas y de derechos humanos reclamando por la libertad y absolución de Rosalía, al mismo tiempo que se exigía una justicia que no sea ajena a los estereotipos de género y al contexto de la acusada. Vemos que el Poder Judicial centrado en los roles maternos fue ciego a la interseccionalidad que atravesaba a la acusada y omitió las condiciones de violen-

cia y carencias materiales y sociales en las que vivía.

Fue el 17 de junio del 2020 que la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires absolvió a Rosalía y ordenó liberarla. El Tribunal señaló que “(...) la sentencia impugnada (...) contiene abundantes referencias a modelos estereotípicos del rol maternal, que marcan *un estándar ideal y abstracto* sobre cómo debe actuar una ‘buena madre’, desentendiéndose de la contundente información reunida en torno a la falta de posibilidades reales de actuar conforme al modelo” (p. 8).

A diferencia del *a quo*, el Tribunal destacó las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará, 1994), insistió en la jurisprudencia de los órganos internacionales que han señalado el impacto diferencial que tienen las violaciones de derechos humanos por razones de género (20) y consideró que la acusada: i) proviene de una familia de 8 hermanos a los que tuvo que cuidar de pequeña por la muerte de su madre, ocasionando el abandono escolar; ii) al momento del hecho era madre de 4 hijos e hijas, a los/as que cuidaba y mantenía sola; iii) trabajaba largas horas en condiciones penosas y derechos laborales mínimos y, iv) la violencia vivida por parte de sus parejas (quedó embarazada de su primera hija a los 19 años y el padre de la niña la abandonó; tuvo a su segunda y tercera hijas con un hombre que la maltrataba y la golpeaba, y su cuarto hijo nació de una relación con otro hombre al que denunció por abuso sexual contra su hija mayor).

Por lo tanto, es posible advertir que en primera instancia Rosalía no tuvo un adecuado acceso a la justicia ya que su voz no fue escuchada y la (des)contextualización de su realidad (carencia de económica, educativa, afectiva, familiar) fue

(20) En el Caso "Penal Miguel Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas" del 25 de noviembre del 2006, la CIDH sostuvo la necesidad e importancia de analizar el género en los casos de violaciones a los derechos humanos.

sustituída por atributos de subordinación y dominación.

En la causa “CCC 41112/2018/TOI/3/CNC3”, el 10 de marzo de 2020, la Cámara Nacional de Casación en lo criminal y correccional de la ciudad de Buenos Aires resuelve recusar a los jueces que integran el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 de la misma ciudad —Luis M. Rizzi y Javier Anzoátegui— en la causa que tiene como imputada a Luz Aimee Diaz.

En la solicitud de recusación se hace mención que Luz es una mujer trans y trabajadora sexual que, de ser juzgada por los mencionados jueces, no gozará de la garantía de imparcialidad. Para así sostenerlo, citan fallos y notas periodísticas anteriores al caso en las que se exhiben actitudes y posiciones ideológicas, sociales y políticas de los magistrados que revelan la oposición de estos en la utilización de la perspectiva de género.

En la oportunidad de presentar un informe sobre la solicitud de recusación, Rizzi sostiene que, como en el caso se “(...) investiga un robo y una tentativa de homicidio *criminis causa* en el que la víctima es un hombre y *el acusado* una persona transexual” (p. 2) (la cursiva me pertenece), no existe analogía con los casos mencionados. Por su parte, Anzoátegui afirma discrepar absolutamente de la *corriente ideológica* denominada perspectiva de género y que sus creencias religiosas no afectarían la imparcialidad en la causa contra “*un imputado con tendencias homosexuales*” (p. 4) (la cursiva me pertenece).

Notamos en el caso: i) el rechazo y la negación a la aplicación de la perspectiva de género(s), ii) la negación de la identidad de Luz, al referirse hacia ella como “el acusado” o “el imputado”, iii) las preconcepciones estereotipadas que contaminan el comportamiento de los jueces y, iv) la ignorancia del contexto de vulnerabilidad social, económico y cultural (21).

(21) La Cámara cita el fallo "Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c. Inspección General de Justicia" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde se sostuvo que “como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los nu-

Finalmente, haciendo hincapié en la Ley de Identidad de Género y en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, la Cámara hace lugar a la recusación.

En la causa N° 4974, el 26 de noviembre de 2018, los jueces Carnevale, Urso y Viñas del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, emitieron una sentencia que, por un lado, condenaba a los imputados Maciel, Farías y Offidani por la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y, por el otro, los absolvía por unanimidad por el abuso sexual y femicidio de Lucía.

La causa versa sobre el fallecimiento de Lucía Pérez, quien el 8 de octubre del 2016 fue trasladada por los imputados a un centro de salud por una supuesta descompensación. Horas antes del fallecimiento, ella había estado en el domicilio de Farías, donde habría sido víctima de abuso sexual mediando el consumo de drogas.

El imputado reconoció la existencia de relaciones sexuales, pero mientras que el Fiscal sostuvo que Farías accedió carnalmente a Lucía por vía vaginal y anal de forma violenta aprovechándose de su vulnerabilidad (que le impidió consentir libre y plenamente), la Defensa sostuvo que fue una relación plenamente consentida.

Los magistrados coincidieron con la defensa y para así sostenerlo se basaron en la conducta personal de la víctima y en su actitud sexual. El análisis comienza con la pregunta: “¿Era Lucía una adolescente que podía ser fácilmente sometida a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento?”. Bajo su entendimiento, Lucía tenía una personalidad que “distaba mucho de ser sumisa”, ya que de sus conversaciones de WhatsApp se evidenciaba que mantenía relaciones sexuales con quien y cuando quería. Se observa, entonces, el descreimiento de lo sucedido por analizar su vida sexual y su personalidad que, al entender de los magistrados, era tan fuerte como para decir no y evitar ser sometida sin su voluntad. En sus palabras: “(...) no está en el ánimo del suscripto juzgar la vida sexual de Lucía, pero de los chats analizados surge clara-

merosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud (...)”.

mente que sus vivencias en ese sentido alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido sometida sin su voluntad” (p. 19).

Ante ello, el Fiscal General interpone recurso de casación argumentando que los jueces basaron su razonamiento en comportamientos personales de la víctima que los llevó a desestimar el abuso sexual y la relación de subordinación.

Finalmente, la Sala IV de Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en la causa N° 95.425, revocó la sentencia de absolución por la falta de imparcialidad de los jueces de primera instancia cuando elaboraron un “pre-concepto respecto de las actividades y hábitos de la víctima” que comprometieron “las libres convicciones razonadas del sentenciante”, aclarando que “en esta instancia no se está juzgando a la víctima (como pareciera estar ocurriendo) sino a los eventuales victimarios” (p. 38).

Describieron el comportamiento de los magistrados como parcial y discriminatorio, al estar guiado por “prejuicios y estereotipos que lo llevaron a desviarse del objeto sometido a su decisión, apartándose de la normativa nacional vigente y de los estándares internacionales en materia de género” (p. 53).

Por su parte, el 12 de mayo de este año, la SCBA rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa, sosteniendo la presencia de vicios en la imparcialidad de los jueces de primera instancia en base a estereotipos de género y preconcepciones de género que prácticamente la responsabilizaban por lo sucedido.

En el caso “Spies, Leandro Exequiel s/ apelación fiscal resolución que dispone libertad con alternativas”, del 8 de julio de 2021, el juez Fernando Gentile Bersano, de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, revocó la decisión del juez Rodolfo Mingarini, por la que se había dispuesto la libertad de Spies.

Según el juez de primera instancia, el delito de abuso sexual no puso ser probado atento a que el imputado utilizó preservativo durante el acto. Spies era un vecino que la mujer conocía por trabajar en una construcción cercana a su domicilio, pero esta ignoraba su identidad. De

acuerdo con el relato de la víctima, este se apersonó en su domicilio con la excusa de contarle algo sobre la hija de una vecina, momento en el cual ingresa a la casa por la fuerza, la empuja, le saca violetamente el short y la abusa sexualmente en la habitación de su madre.

Sin embargo, Mingarini da por consentida la relación —entre otros argumentos— por: i) no poder comprender cómo el imputado se colocó un preservativo mientras sometía a la mujer, ii) porque la magnitud de las agresiones constatadas por el personal médico no eran tales como para hablar de una agresión sexual violenta y, iii) porque la resistencia no fue tal como para dudar de la falta de consentimiento.

Bajo este razonamiento, el juez midió el grado de violencia y resistencia de la víctima cuando dichas ponderaciones no forman parte del tipo penal. Al mismo tiempo, desechó que el personal de salud constató lesiones que se condicen con una agresión sexual. Pero, y aún más importante, se anula su testimonio. Sus palabras no valieron de nada.

El juez de la Cámara utiliza la normativa y jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos para otorgarle valor a la prueba aportada. Realza su testimonio y su importancia para este tipo de ilícitos que suelen ocurrir en la intimidad y sin testigos. Señala también que en estas circunstancias el consentimiento debe interpretarse como un acuerdo inequívoco que no se presume. Incluso, fundamenta que, desde un enfoque de igualdad, si se pretenden eliminar los estereotipos revictimizantes que suponen la disponibilidad sexual de las mujeres, no se tiene que analizar las conductas sexuales pasadas o si la mujer dijo que no y la forma en la que se resistió. Por el contrario, el camino comienza por evaluar si dijo que sí en ese momento. Revoca la sentencia y hace lugar al pedido de prisión preventiva.

Por último, señalaré dos fallos relativos al acceso al aborto que muestra a los hombres decidiendo sobre el ejercicio de nuestros derechos, incluso sobre aquellos que conquistamos discutiendo y deliberando en los distintos espacios de debate.

En la causa “S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar”, los jueces de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, Juan Carlos Noguera Ramos, Sergio Orlando Rodríguez y Juan Carlos Pérez resolvieron el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de la jueza del Juzgado Civil N° 10 que rechazaba la medida cautelar solicitada por este para evitar la realización de un aborto por parte de su mujer. Su argumento consistió básicamente en que no se lleve a cabo el aborto por la protección a los derechos de su hijo/a no nacido/a y los suyos como padre, pero “no por prohibir el ejercicio de su mujer a un derecho que reconoce el Estado argentino”.

Argumenta también como agravio que la jueza no valoró correctamente la prueba por no considerar el acta de matrimonio y una ecografía y conversaciones de W. A. como suficientes para probar el embarazo.

Dando por probado el embarazo y el matrimonio, los jueces citan el art. 566 del Cód. Civ. y Com. y la presunción de paternidad. Posteriormente, tiran por la borda todo el sustento de la ley 27.610 al preguntar si “(...) el presunto progenitor tiene o no derecho a impedir la práctica de la IVE que pretende efectuar su esposa sin su consentimiento, o en su caso, si la ley 27.610 lo despoja de él, y le brinda a su cónyuge plena libertad para decidir por sí sola” (p. 10). Básicamente se abre a la duda de si la sola voluntad de la mujer vale o si se puede volver a decidir por ella.

Disponen que en el matrimonio los esposos se comprometen a un proyecto de vida en común que “(...) necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades” (p. 10), lo que hace que la voluntad común se proyecte a las responsabilidades parentales y que la conducta pretendida por la mujer exceda su autonomía personal por repercutir en la vida en común.

Sostienen que “(...) la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción, no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo” (p. 12). Así, hacen lugar al recurso de ape-

lación y revocan la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenan a M. G. T. B. a que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida.

Cabe preguntarles a los jueces: ¿dónde queda la opinión de la mujer? ¿Por qué otro podría decidir sobre su cuerpo? ¿Acaso existe la democracia en el matrimonio? Notamos nuevamente que para mantener el ideal maternal y normalizador se niega el aborto utilizando una fórmula que resuelve los problemas comunes, sin tener en cuenta las construcciones políticas que pesa sobre las mujeres respecto de la gestación y la maternidad.

Por último, en el caso “Seri, Héctor Adolfo c. Poder Ejecutivo nacional s/ amparo ley 16.986”, del 7 de junio de 2021, el Sr. Seri y promueve acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional contra el Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional—, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610 de “Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo”, por considerar que dicha ley es contraria a las obligaciones internacionales asumidas por Argentina en virtud de la protección integral del derecho a la vida desde la concepción. Solicita medida cautelar para suspender la aplicación de la ley y el protocolo para la atención integral.

Para dejar plasmada su aptitud para resolver, el juez argumenta que su condición de católico y respetuoso de la vida humana no es óbice para resolver una cuestión “estrictamente jurídica” y cita para ello fallos del año 1980.

En segundo lugar, y para resolver la legitimación del actor (en la que previamente el Sr. Fiscal había expuesto la ausencia de caso y de legitimación), sostiene que la ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, N° 26.061, habilita a todo ciudadano a interponer acciones para su cumplimiento. Sostiene que con más razón cuando se trata de proteger los derechos de las personas por nacer, citando nuevamente jurisprudencia del año 1980. Así, resuelve habilitar la instancia para el amparo, contrariamente a los dictaminado por el Ministerio Público.

Para resolver la cautelar, cita la causa “S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar” mencionada con anterioridad, pero obviando que en este caso la cautelar pide la suspensión del protocolo y de la ley.

Funda la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora en la protección del bloque constitucional y los tratados internacionales y el peligro para la protección del derecho a la vida desde la concepción. También argumenta que el CCYCN es posterior al fallo FAL y que el dispone que la existencia de la persona humana comienza desde la concepción. Así, ordena medida cautelar de no innovar y la inaplicabilidad de la ley y protocolo hasta que se resuelva el fondo.

Posteriormente, el Estado Nacional recusa al juez e interpone recurso de apelación.

Finalmente, el 1 de julio de este año, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, integrada por los jueces Alejandro Osvaldo Tazza y Eduardo Pablo Jiménez, revoca la medida cautelar dispuesta por el juez López y emite un llamado de atención al magistrado por apartarse del derecho vigente.

Eduardo Pablo Jiménez sostiene en su voto que, todo conflicto que implique la confrontación entre la Constitución y los derechos de las mujeres, niñas, niños, adolescentes y personas gestantes requiere de la aplicación de la perspectiva de género. Apunta que previo a suspenderse los efectos de una ley que establece políticas sociales y de salud deben evaluarse los efectos que tendrá en la sociedad. Concuera con el Ministerio Público en la falta de legitimación. Revoca la medida y rechaza la acción.

De los casos referenciados, es posible percibir que pese a la sanción de nuevos y mejores derechos para las mujeres y LGBTIQ+, aún existen grandes limitaciones para su garantía y satisfacción plena. Las feministas y transfeministas sabemos que la lucha por el reconocimiento de estos, lejos de acabarse con la declaración, continúa en los espacios en donde se discute su aplicación.

La negación a las relaciones desiguales de poder, la distribución desigual de recursos y la inhabilitación y desacreditación de las voces de la

“otredad” continúan reproduciendo, reforzando y perpetrando la discriminación y exclusión.

Se advierte entonces que los casos como los referenciados no son simples hechos aislados, sino patrones de funcionamiento a través de los cuales el poder judicial interpreta y aplica el derecho contra la voluntad progresista de las normas para cristalizar la dominación patriarcal y elitista.

V. Los cimientos para una nueva justicia: la ineludible aplicación del enfoque de género(s) y derechos humanos

Las mujeres y LGBTIQ+ han incluido en las agendas la necesidad de la transformación judicial para una composición y un acceso a la justicia plural e igualitario ya que, como quedó demostrado en el apartado anterior, el recorrido por el sistema judicial sigue siendo discriminatorio.

El 8 M de este año dejó como una de las principales metas el pensar, diseñar, reclamar y luchar por una reforma judicial feminista. Prontamente fueron variados los espacios públicos en los que las feministas se propusieron debatir. Tal fue la movilización que, el 19 de junio del corriente, se llevó a cabo el Primer Foro Federal de Reforma Judicial Feminista en donde se concluyó que el acceso a la justicia sigue siendo una deuda con la democracia y que “(...) debatir, visibilizar y problematizar al poder judicial, constituye el primer paso para deconstruirlo y erradicar sus violencias (...)” (Primer Foro Federal, 2021).

Como sustento, se han utilizado tres herramientas que van de la mano. La primera consiste en utilizar la normativa nacional e internacional; la segunda radica en demostrar que, actuaciones como las anteriores, colocan al Estado como un agresor que se manifiesta a través de la violencia institucional y, la tercera, reside en exhibir datos concretos.

Por la primera de ellas, los movimientos han enlazado y potenciado las disposiciones internas y de derechos humanos para dar lugar a políticas públicas bajo la óptica del *principio pro persona* y el enfoque de género(s) y derechos humanos.

Las disposiciones de la CEDAW y de la Convención de Belém do Pará, junto a los Principios de Yogyakarta (22) nos trasladan a una obligada (re)lectura de las disposiciones internas mencionadas en el apartado I y del art. 16 de nuestra Constitución Nacional para reemplazar la tradicional igualdad formal por la igualdad en términos de no sometimiento por reconocimiento, redistribución y representación.

Del conjunto dispositivo surge que los Estados tienen la obligación de establecer el acceso en condiciones de igualdad no solo a mecanismos judiciales competentes para la protección efectiva, sino también a ocupar cargos en ellos.

Sin embargo, el Comité CEDAW debió emitir dos observaciones generales al respecto. En la N° 23 (1993), el órgano establece que se debe garantizar en igualdad de condiciones la participación en la formulación y ejecución de políticas públicas y ocupar cargos y funciones públicas siendo el ejercicio del poder judicial uno de esos espacios. Posteriormente, en el año 2015, emite la Observación General N° 33 sobre el acceso a la justicia de las mujeres ante la observancia de obstáculos y restricciones y recuerda a los Estados las obligaciones de eliminar los impedimentos sociales, culturales y económicos que impiden el ejercicio y la defensa de sus derechos.

Por otro lado, y vinculado a la segunda estrategia, el Comité hace hincapié en la distorsión que generan los estereotipos en la aplicación de la normativa, castigando a quienes no se ajustan a ellos. Dichos prejuicios dan lugar a la denegación de justicia y a la revictimización.

Sostiene Bodelón (2014) que desde sus inicios los movimientos han sido conscientes del papel ambiguo del Estado en las violencias, ya que este y sus autoridades pueden ser directa e indirectamente responsables, llegando a ser incluso los segundos agresores (23).

(22) Véase el Principio N° 8 de acceso a un juicio justo.

(23) En el caso “V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 8 de marzo de 2018, la niña V. R. P de nueve años había sufrido abuso sexual y penetración anal por parte de su padre. La CIDH consideró que hubo una discriminación en el acceso a la justicia por motivos de sexo

Así, el Estado no solo es responsable de la violencia institucional cuando sus agentes cometen violencia física, psicológica o sexual directa, sino también por los actos obstaculizantes y discriminatorios que evidencian la falta de responsabilidad de las obligaciones que asumió en prevención, sanción y erradicación (24).

De allí que los reclamos por la transformación del sistema judicial radiquen en la falta de reconocimiento de la violencia institucional como una violencia patriarcal auténtica, no por la ausencia normativa nacional e internacional sino, por la presencia de estructuras patriarcales que anulan la visibilidad y mantienen la impunidad.

Por último, los datos. Brevemente mencionaré los análisis más importantes que han evidenciado la cruda realidad.

Empezaré con la composición de los órganos judiciales. La Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publicó en el año 2020 el Mapa de Género de la Justicia Argentina. Allí se expuso que "(...) si bien en el año 2020 el sistema de justicia estuvo conformado mayoritariamente por mujeres (56%), solo el 31% de las máximas autoridades eran mujeres" (Oficina de la Mujer [OM], 2020, p. 2). Ello deriva de que "(...) los funcionarios varones tuvieron el doble de probabilidades de ser magistrados/as, procuradores/as, fiscales o defensores/as, y 3,5 veces más de ser máximas autoridades que sus pares mujeres (...)" (OM, 2020, p. 2). De allí

y género que llevaron al Estado a constituirse en un segundo agresor "al cometer distintos actos revictimizantes que (...) constituyeron violencia institucional. La Corte consideró que la niña sufrió una doble violencia: por un lado, la violencia sexual por parte de un agente no estatal; y, por el otro, la violencia institucional durante el procedimiento judicial, en particular, a raíz del examen médico forense y la reconstrucción de los hechos" (CIDH, 2018, p. 84). En el caso "Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas", sentencia del 24 de junio de 2020, la CIDH determinó la responsabilidad internacional de Ecuador ante la falta de diligencia en los procesos judiciales debido a la presencia de estereotipos de género que llevaron a realizar una actuación sesgada y discriminatoria que no consideró la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba por ser niña y sufrir el abuso de autoridad de un adulto y además docente.

(24) Artículo 7 incs. a y b de la Convención de Belem do Pará; artículo 2 inc. d de la CEDAW y art. 6 inc. b de la ley 26.485.

que de las 185 personas que tienen el cargo de magistrado/a, procurador/a, fiscales y defensores/as generales, solo 57 (31%) son mujeres y 128 (69%) son hombres".

Por oposición, en el cargo de funcionario/a y personal administrativo, las mujeres son mayoría en un 61% y 60% respectivamente.

En el mismo sentido, la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata realizó una investigación que fue publicada en mayo del año 2020 que da cuenta de la composición del poder judicial bonaerense. Actualmente, en el máximo tribunal, de 5 integrantes solo una es mujer. En el resto de la estructura, de un total de 1216 magistrados/as, 748 (61%) son hombres y 468 (39%) son mujeres. Por otra parte, de 1406 secretarías/os, 836 (60%) son mujeres y 570 (40%) son hombres.

De los datos expuestos observamos: i) el techo de cristal existente dentro de la estructura del Poder Judicial y, si bien es cierto que la mayor cantidad de mujeres no asegura la aplicación del enfoque de género, lo cierto es que, por ser la mitad de la población, en términos redistributivos y representativos les corresponde el mismo acceso; ii) los datos desagregados aún tienen una deuda pendiente con el porcentaje del colectivo trans, pese a la presencia de leyes que aseguran el cupo.

Como derivación de lo anterior, será responsabilidad del Consejo de la Magistratura —en tanto ente encargado de la selección de magistrados/as— crear los mecanismos necesarios para un ingreso igualitario y una composición que sea el reflejo de la paridad y la pluralidad.

Por otra parte, el informe anual del Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación registró 295 (25) femicidios en el año 2020 y 137 (26) desde el 1 de enero al 30 de

(25) 253 femicidios directos, 5 suicidios feminicidas, 8 trans/travesticidios y 29 femicidios vinculados (Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, 2020).

(26) 112 femicidios directos, 5 suicidios feminicidas, 6 trans/travesticidios y 14 femicidios vinculados. (Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, 2021).

junio de este año. Es decir, un promedio de una muerte cada 31 horas.

Sobre los casos judiciales de aborto, pese a haber discutido democráticamente la ley, a julio de 2021, de 14 casos resueltos, 4 de ellos suspendieron su ejecución sobre la base de argumentos estereotipados y conservadores.

Todavía debemos tolerar que integrantes del poder judicial obstaculicen el acceso a una justicia adecuada y eficiente, que se nieguen a un trato digno y de acuerdo con las vulnerabilidades existentes y que se expidan y comuniquen con la sociedad a través de sentencias que no hacen más que discriminar, violentar y reforzar la subordinación y que, encima, no sean juzgados.

Sintetizando. Como señala Marisa Herrera (2021), es momento de admitir que la justicia funciona mal, y discutir el poder judicial en clave feminista es una deuda democrática y social (27). Ello implica abrir a la transformación del sistema a partir de la voz de las mujeres y LGBTQ+. Los fundamentos normativos, sociales, económicos y culturales son rotundos, por lo que ya no es posible (ni lo permitiremos) mantener la ceguera.

Necesitamos y exigimos (Aramayo *et. al.*, 2021): i) revisar los mecanismos de evaluación y selección de magistrados y magistradas para asegurar un acceso a la justicia que sea capaz de abordar las temáticas de género y la interseccionalidad sin temor por la aplicación de estereotipos; ii) la evaluación permanente, con especial hincapié en materia de derechos humanos y género como ejes transversales; iii) transparencia en las agendas de trabajo, en la rendición de cuentas y su publicidad; iv) sanciones proporcionales y efectivas por mal desempeño, siendo causales suficientes la violencia institucional y la reproducción de estereotipos y, v) paridad en la integración.

(27) Cabe destacar la iniciativa del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, el 5 de agosto del corriente año, presentó 4 anteproyectos de ley —entre los que se encuentra el Código Procesal de la Familias, Civil y Comercial— y una agenda participativa para que profesionales, académicos/as y la ciudadanía en general pueda presentar comentarios y observaciones. Véase <https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/>.

VI. Palabras de cierre

Como se ha demostrado a lo largo del texto, la estructura social ha sido diseñada desde y para el hombre blanco, propietario, ilustrado y mayor de edad.

Y, si bien el derecho y la justicia respondieron a la misma lógica, a medida que las demandas de los movimientos sociales, feministas y transfeministas se comenzaban a plasmar en la letra de la ley, el sistema que debía y debe garantizarlas permanece inmodificable e impenetrable. Ello generó que la mayoría de las veces, los derechos se volvieran polvo a la hora de su aplicación.

El poder judicial, prontamente empezó a encontrar resistencia en las clases sociales que no encontraban protección a sus derechos. Pero fue el feminismo el que logró visibilizar que las violencias y discriminaciones se agravan cuando además intervienen los motivos de géneros.

A partir de allí se comienza a reclamar no solo una estructura eficiente, activa, dinámica, transparente, ágil, moderna y accesible, sino también la participación plural en su composición y transformación.

De allí que (re)interpretaciones refiera a los fundamentos, bases y reclamos sobre los que las feministas reclaman la transformación, ya no como interlocutadas, sino como verdaderas interlocutoras que desafían las bases democráticas e interpelan el sistema existente. A partir de allí se visibiliza que ya no basta la aplicación de la perspectiva de género para casos concretos, sino que se hacen necesarios cambios estructurales bajo los enfoques de géneros y derechos humanos.

Y es por ello por lo que el desarmar, diseñar y volver a construir en términos plurales y participativos, es una deuda democrática pendiente.

Como con tantas otras luchas, el feminismo seguirá en una militancia encendida, constante, dinámica y sorora, en donde la (re)definición de la justicia en clave de reconocimiento, redistribución y participación permita, de una vez por todas, hablar de eso que uno pocos gozan: igualdad.

VII. Referencias bibliográficas

ARAMAYO, S. - CALETTI, P. - COLIQUEO, A. - DE LA TORRE, N. - HERRERA, M. - NIEVAS IBÁÑEZ, P. - LANDE, C. - NOCCIOLI, A. - PORTOS, L. (2021). Documento de posicionamiento sobre Bases para una Reforma Judicial Feminista: de qué hablamos cuando nos referimos a la reforma judicial feminista. *Revista Movimiento*. Recuperado de: <https://www.revistamovimiento.com/politicas/reforma-judicial-feminista/>.

BEGUIRISTAIN, C. (2020). “De la ficción del sexo y género femenino: propuestas para su deconstrucción”. *Microjuris*. MJD15491, 1-18.

BODELÓN, E. (2014). “Violencia institucional y violencia de género”. Universidad Autónoma de Barcelona.

CABRAL, P. (2008). “El Poder Judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la Teoría de la Democracia Deliberativa”. *Ada Ciudad*, [2], 158-185.

CAROSIO, A. (2017). “Perspectivas feministas para ampliar horizontes del pensamiento crítico latinoamericano”. En M. SAGOT RODRÍGUEZ, *Feminismos, pensamiento crítico y propuestas alternativas en América Latina* (pp. 17-42). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.

CARRERA, M. L. - SARALEGUI, N. - ORREGO-HOYOS. (2020). “Dicen que tuve un bebé”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2015) Recomendación General N° 33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2010) Recomendación General N° 28. Relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1997) Recomendación

General N° 23. Vida política y pública. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2015, Serie C, núm. 298.

DIETZ, M. (2001a). “Ciudadanía con cara feminista. El problema con el pensamiento maternal”. En M. LAMAS (comp.), *Ciudadanía y Feminismo* (pp. 2-19). IFE, UNIFEM, Debate Feminista.

Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía (2020). “Las brechas de género en la Argentina. Estado de Situación y desafíos”. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/economia/igualdadygenero>.

FRASER, N. (2015). “Replantear la justicia en un mundo en proceso de globalización”. En *Fortunas del feminismo*. (pp. 221-242). Madrid: Traficantes de sueños.

GARGARELLA, R. (2014). “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapeso”. En *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la liberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

GARGARELLA, R. (2020). “La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.

HERRERA, M. (2021). “Reformar para transformar el Poder Judicial en clave feminista”. Frente Patria - Presidencia del CED. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=XQE-r10F31M>.

LAGARDE, M. (1996). “Identidad de género y derechos humanos la construcción de las humanas”. *El feminismo en mi vida: hitos, claves y topías*. México: Inmujeres DF.

MACKINNON, K. (2018). "Feminismo inmodificado: discursos sobre la vida y el derecho". Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.

MAFFÍA, D. - GÓMEZ, P. L. (2009). "Condiciones éticas y políticas del acceso a la justicia: Ciudadanía y derecho no androcéntrico". Congreso Internacional Género, Política y Derecho: Una Alternativa de Acceso a la Justicia para las Mujeres.

MÉNDEZ, J. (2000). "El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos". En J. THOMPSON (coord.), *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*. BID, IIDH.

MOUFFE, C. (1993). "Feminismo, ciudadanía y política democrática radical". *Debate feminista*, 7, 3-22.

OEA (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). Mapa de género de la Justicia Argentina. Recuperado de: <https://om.csjn.gob.ar/mapagenero/login/mostrarLogin.html>.

ONU (1979). CEDAW. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discrimi-

nación contra la Mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

PATEMAN, C. (2014). "Participación y teoría democrática". Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros.

PATEMAN, C. (2018). "Feminismo y democracia". En *El desorden de las mujeres*. (pp. 277-296). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prometeo Libros.

Primer Foro Federal. (2021). "Hacia la reforma judicial feminista. Conclusiones". Recuperado de: <http://proyectogenerar.com/wp-content/uploads/2021/07/Conclusiones-Foro-1.pdf>.

SAGÜÉS, María Sofía. (2018). "Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FLORES PANTOJA, Rogelio (coord.) *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia Interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro.

SANTA CRUZ, I. (1992). "Sobre el concepto de igualdad: algunas observaciones". *Isegoría*, [6], 145-152.

Las pericias antropológicas y el proceso de familias

Silvana Ballarin

Sumario: I. Introducción.— II. Algunos ejemplos de pericias antropológicas aplicadas al derecho de familias en la experiencia latinoamericana.— III. La Argentina multicultural.— IV. Diálogo intercultural o *traducción de saberes*.— V. Las normas jurídicas internacionales y del Estado nacional.— VI. Conclusiones.

“Elevar el nivel de conciencia de la incompletitud cultural a su máximo posible es una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción emancipatoria multicultural de los derechos humanos”

Boaventura DE SOUSA SANTOS^(*).

I. Introducción

Las pericias antropológicas —también denominadas peritajes *culturales* (1) o *cultural antropológicas* (2)—, se han ido abriendo camino en los procesos judiciales latinoamericanos y argentinos en particular, a partir del ámbito penal (3).

(*) Aut. cit., "Construyendo las Epistemologías del Sur. Antología esencial", Clacso, Buenos Aires, 2018, Volumen II, pág. 112.

(1) Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010, disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1548/pobreza-y-peritajes-baja-2010.pdf>, última consulta 4/02/2021.

(2) RODRÍGUEZ, L., "El Uso del Peritaje Cultural-Antropológico como Prueba Judicial en América Latina: Reflexiones de un Taller Internacional", en *Revista Uruguaya de Antropología y Etnografía*, Vol. 2 No. 1 Montevideo, junio de 2017, ps. 103/112, disponible on line

(3) ROSEMBERT ARIZA, Santamarína, "Peritazgo socio-antropo-jurídico y administración de justicia intercultural en Colombia", en *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales...* ob. cit., p. 17; ZAFFARONI, Eugenio, "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal", en *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Carlos Espinosa Gallegos Anda y Danilo Cal-

cedo Tapia Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito, 2009, ps. 99/121; KALINSKY, Beatriz, "La pericia antropológica como herramienta de investigación social", AIBR, *Revista de Antropología Iberoamericana*, No. 25, noviembre/diciembre 2002, disponible en <https://www.aibr.org/antropologia/25dic/index.html>; RODRÍGUEZ, L., "El Uso del Peritaje Cultural-Antropológico como Prueba Judicial en América Latina: Reflexiones de un Taller Internacional", *revista Uruguaya de Antropología y Etnografía*, Vol. 2, Nro. 1, junio 2017, disponible on line en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_serial&pid=2393-6886&lng=es&nrm=iso.

(4) Así como se ha abierto camino la denominación *Derecho de las Familias*, que responde a un criterio pluralista e inclusivo de la diversidad cultural de la Argentina, se utiliza la denominación *proceso de Familias*, en consonancia con ello: "no se trata de formas múltiples de familia, sino de multiplicidades, porque la pluralidad es sustantiva y no un mero calificativo de un sujeto único" (BALLARIN, Silvana, "Las relaciones de familia: ¿árbol o rizoma?", En *RDF* Nro. 96, setiembre de 2020, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, ps. 3, 6 y ss.)

perdiendo contacto con su cultura e idioma (5). ¿La existencia en el proceso de adopción de una pericia antropológica hubiera podido modificar el contenido de la sentencia, visibilizando la violación de los derechos humanos de estas niñas y niños indígenas a su identidad y a la permanencia en sus comunidades de origen?

O dicho más genéricamente, ¿es importante para el juez, formado en el derecho *oficial*, conocer las cosmovisiones y normas jurídicas que rigen internamente en otras comunidades culturales cuando debe decidir respecto de estas familias?; ¿qué significado le damos al derecho de *familias* en una *sociedad multicultural* si luego decidimos a partir de una visión hegemónica (6)?; ¿la reflexión solo comprende la realidad de las comunidades indígenas, o debemos sumar, de acuerdo a las estadísticas de población a las que más adelante se aludirá, a las comunidades afrodescendientes o romaníes entre otras, tal vez, aún más invisibilizadas (7) e igualmente estigmatizadas? La convocatoria del perito antropólogo no solamente se dará respecto de estos casos referidos a comunidades en particular: la historia de adopciones ilegales que tuvo lugar durante la última dictadura militar nos devuelve una imagen de construcción social de identidades a partir de ficciones que no solamente tuvieron lugar entonces, por la participación de quienes operaron como actores y autores de tales delitos, sino que ello ocurrió dentro de estructuras políticas y sociales que facilitaron la trama (8). Aún hoy, casi 50 años después, es po-

sible escuchar a actores sociales defendiendo la apropiación de NNA por fuera de los cauces legales, o destacando las calidades humanas de quienes ofrecen *dar amor* a una niñez desvalida (9), aun por vías de hecho cercanas a la apropiación.

El aporte de la antropología al proceso judicial de familias puede nacer, entonces, de diversas vertientes, aunque en este trabajo se aludirá, en particular, a las pericias antropológicas frente a escenarios multiculturales.

II. Algunos ejemplos de pericias antropológicas aplicadas al derecho de familias en la experiencia latinoamericana

La antropóloga colombiana Esther Sánchez Botero ilustra las soluciones dadas a los conflic-

"los vínculos que los dispositivos de poder utilizados por el estado terrorista tuvieron con una serie de prácticas y relaciones sociales previamente existentes". Alude, además, a la configuración de una determinada matriz interpretativa "que operaba con un esquema dicotómico, en tanto la valoración positiva de los adoptantes —de quienes se decía actuaban guiados por impulsos generosos y humanitarios— se encontraba necesariamente acompañada de una desvalorización y culpabilización de los padres biológicos" (aut. y ob. cit., p. 8).

(9) Los criterios adultocéntricos en la valoración del derecho de NNA a vivir en familia han sido elaborados en Ballarín, Silvana, "Niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad: adopción y otras modalidades alternativas ante la ausencia de cuidados parentales", RDF 86, 10/09/2018, 5. Cita Online: AP/DOC/575/2018. Allí se destacaba la nota editorial del diario La Nación del 03/02/2018, titulada "Los interminables tiempos de la adopción", se alude a los adultos como quienes dan amor y a los niños como quienes reciben ("Las vidas de los padres que desean dar amor y la de los niños que ansían recibirlo no esperan"), y se efectúa una visión crítica de los tiempos legales establecidos en el Cód. Civ. y Com. (tanto los que contemplan el estado puerperal de la madre como los previstos para intentar que el NNA permanezca en su familia de origen o ampliada), resaltando en todo momento la actitud de los adultos: por ejemplo, respecto de la adopción de NNA con enfermedades o limitación de capacidad ("Tampoco podemos dejar de destacar el valor superlativo de permitir acoger en forma institucional a aquellos que se ofrecen a recibir personas con capacidades diferentes y enfermedades diversas en un gesto que evidencia una calidad humana difícil de encontrar en los tiempos que corren"), o luego de referir se a los términos legales ("Esto torna doblemente valioso y ponderable el esfuerzo de los aspirantes a adoptar"). Queda claro que la reflexión deja de lado los interminables tiempos de los NNA a la espera de un adulto que quiera relacionarse con ellos cuando no existen legajos de postulantes debido a la edad o estado de salud de los NNA, o bien cuando se trata de grupos numerosos de hermanos.

(5) <https://www.dw.com/es/canadá-indemnizará-a-niños-indígenas-adoptados-forzosamente/a-40851427>.

(6) Elisa Cruz Rueda lo plantea en su artículo "¿Reconocimiento jurídico de la diversidad cultural sin ejercicio de derechos?", en Revista Pueblos y fronteras digital, v. 8, n. 16, diciembre 2013-mayo 2014, ps. 218/255, disponible en https://www.academia.edu/26088622/_Reconocimiento_Jur%C3%ADdico_De_La_Diversidad_Cultural_Sin_Ejercicio_De_Derechos?email_work_card=title, última consulta 28 de enero de 2021.

(7) Aunque sí lo hizo el último Censo Nacional de 2010 con las comunidades indígenas, no se incluyeron datos acerca del pueblo romaní, conocido también como pueblo gitano, que habita en muchas provincias del país.

(8) VILLALTA, Carla, "De secuestros y adopciones: el circuito institucional de la apropiación criminal de niños en Argentina", en Historia Crítica Nro. 34, <https://www.academia.org/carla.villalta/32>. La autora alude en dicho trabajo a

tos interculturales desde una perspectiva respetuosa de la diversidad. En ambos casos, se trata de conflictos suscitados en relación con familias cuyos progenitores pertenecen a culturas diversas: padres blancos y madres indígenas.

En uno de los casos, la madre indígena ha fallecido y el padre blanco reclama ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos, hasta entonces residentes en la comunidad indígena. También reclama el eventual derecho hereditario que podría corresponderle a estos en la comunidad.

En el segundo, una joven de 13 años solicita tutela de sus derechos ante la decisión de su familia materna —indígena— de volverla a la convivencia en la comunidad, de la que había salido por decisión de su padre blanco —consentida por la madre— a los 6 años de edad.

Vemos cómo en estas situaciones, relacionadas con la guarda de personas menores de edad, decisiones relativas al derecho a contraer matrimonio o, aún, derecho hereditario, el aporte de los antropólogos ha sido de gran utilidad para comprender las diferentes cosmovisiones de los litigantes en la solución del conflicto.

En el primer caso —pedido de atribución de custodia de tres niños por el progenitor blanco ante el fallecimiento de la madre indígena— la pericia antropológica se centra en aportar al juzgador del Estado colombiano —conocedor del derecho estatal o, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, *el derecho del asfalto* o derecho oficial— cuáles son las normas indígenas en relación al ejercicio de la custodia de los hijos y en cuanto a la propiedad —individual de los miembros de la comunidad o colectiva—: en el caso, los niños convivían en la comunidad y, dentro de ella, el progenitor blanco, por serlo, carece de autoridad para ejercer su custodia, siendo esta atribución del tío materno (10). Al evaluarse

(10) Dice la perito antropóloga: "Dentro del sistema cultural wayuu, el padre no es pariente de los niños, no tiene la patria potestad. Los bienes del clan matrilineal son indivisibles. Desde el punto de vista de la sociedad mayoritaria, occidental, existe una fuerte tendencia a considerar la importancia de que los niños vivan con sus padres, y, en caso de muerte de uno de ellos, los hijos tienen derecho a que el otro progenitor los cuide y llene de afecto. Pero, frente a este caso, como el padre biológico

por qué debiera seguirse el criterio indígena en la determinación del superior interés de estos niños, se hace hincapié en el hecho de que los niños *han crecido dentro de un clan y bajo esa realidad cultural fueron engendrados y socializados* (11).

En el segundo caso, Kareme Boniato, hija de una indígena wayuu, y de un padre blanco, reclama tutela de sus derechos ante la jurisdicción estatal. Fue llevada por este a la edad de 6 años fuera de la comunidad indígena, conviviendo con dos señoras —Prieto— desde entonces. En una visita de su madre, Kareme, de 13 años, le comenta que ha comenzado a menstruar. Entonces su tío materno —quien, según las normas de la comunidad wayuu ejercería su *patria potestad*, al tener un padre no indígena— decide que es tiempo de reinsertarla en la comunidad, y así lo hace. La joven vuelve, pero no se encuentra a gusto allí, ya que no puede continuar estudiando, debe trabajar, y carece de las comodidades propias de la cultura en la que había sido insertada de niña (luz, gas, televisor, ropa de moda, etc.). Además, su tío ha resuelto que contraiga matrimonio dentro de la comunidad. Por ello, decide irse de la rancharía y entablar una acción de tutela.

En la decisión relativa a la custodia de la joven, el Tribunal resuelve encargar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que decida su custodia, siendo dicho instituto el que adapta y recrea estrategias *para propiciar una salida multicultural, multiétnica y de entendimiento intercultural* (12). En línea con ello, se requiere a la antropóloga dilucidar algunos puntos, y es aquí donde se observa el aporte de la ciencia antropológica en la mejor solución del conflicto de familias: según el derecho estatal, Kareme estaría bajo la autoridad de sus progenitores, mientras que las normas indígenas indicarían que es el tío materno el que ejerce dicha autoridad. La

no es pariente de ellos, ni los niños han sido socializados para sentir el deber de que él sea su padre, el responsable de cuidarlos o protegerlos, el interés superior de un niño en la sociedad wayuu consiste en que viva con sus parientes maternos por muerte de la madre o por divorcio de sus progenitores".(aut. y ob. cit., p. 253).

(11) Aut. y ob. cit., p. 254.

(12) SÁNCHEZ BOTERO, Esther, "El peritaje antropológico...", ob. cit., ps. 245/6.

antropóloga es interrogada con relación a varios puntos: ¿debe considerarse a Kareme menor de edad?; ¿es el derecho a la educación y al desarrollo de la libre personalidad preeminente frente al derecho a la diversidad?; ¿qué es ser niño para el derecho wayuu?; ¿cómo vulnera el derecho a la libertad el matrimonio prescrito? Al contestar estos puntos, la antropóloga explica las diferentes formas de regular las relaciones familiares, aclarando diferencias y rescatando puntos de conexión —tales como la autoridad parental en cabeza de la familia consanguínea de la persona menor de edad—. Y refiere, en relación con el tema matrimonial:

“Al ser el esposo de la madre de Kareme arijuña, es decir blanco, no entregándole a los miembros del clan, excepción por ser blanco, por lo tanto, hay un desequilibrio económico en el clan. (...) El tío materno espera que Kareme se case con hombre wayuu, para que se equilibre el mundo social de intercambio interclanes y el faltante en animales que posee el clan” (13).

Este último elemento es sin duda clarificador para la posterior solución pacífica del conflicto, en tanto hace a la reproducción y subsistencia del grupo indígena como tal, siendo estas responsabilidades de sus jefes. Además, para la sociedad indígena, los jóvenes que quedarán fuera del matrimonio perjudicarían su propio interés, en tanto quedarían excluidos de la sociedad tradicional (14).

Conociendo estas normativas que rigen en la comunidad indígena, puede entonces el Defensor de Familia intentar una solución pacífica intercultural e interlegal que respete tanto los derechos individuales de la niña como las normas de la comunidad indígena, a la que finalmente se arriba: Kareme permanecerá en Riohacha hasta que cumpla los 18 años para poder continuar sus estudios. Mientras tanto, se compromete a visitar su ranchería, acom-

pañada de una trabajadora social, y a estudiar y hablar su lengua de origen. Cumplidos los 18 años, Kareme decidirá su pertenencia o no a la comunidad. También el Defensor negociará el desequilibrio económico que la ausencia de matrimonio de la joven pueda causarle al clan (15).

III. La Argentina multicultural

Los casos aludidos en el punto anterior corresponden a situaciones familiares de otros países latinoamericanos, en donde existe un largo recorrido de reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en cuanto tales, con poblaciones con un fuerte componente de comunidades indígenas. ¿Cuál es la situación en la Argentina?

En la Argentina coexisten diversas culturas en un mismo territorio. Respecto de las comunidades indígenas, según el último Censo Nacional de Población 2010 un 2,4% de la población del país son indígenas o descendientes de indígenas, distribuyéndose en forma variada entre las distintas provincias (16). Conforme el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, del último listado de comunidades indígenas disponible (año 2020), hay en la Argentina 1754 comunidades indígenas (diaguitas, kollas, wichí, guaraníes, quom y mapuches, diaguitas, charrúas, ranqueles, tehuelches, entre muchas otras), distribuidas —con mayor o menor intensidad— en casi todas las provincias (Jujuy, Salta, Chaco, Santiago del Estero, Buenos Aires, Río Negro, Neuquén, Formosa, Santa Fe, Misiones, Chubut, Córdoba, Mendoza, Santa Cruz, Entre Ríos, San Juan, San Luis, Catamarca, Tucumán, Corrientes, La Pampa, Tierra del Fuego, Tucumán).

Según datos del censo referenciado, las personas afrodescendientes ascendían en 2010 a

(15) 5 años después, Kareme decidió regresar a la comunidad indígena (ob. cit., p. 252).

(16) El número total de personas censadas fue de casi un millón: 955.032. Las provincias con un mayor porcentaje de población indígena o descendiente de indígenas son Chubut (8,7%), Neuquén (8%), Jujuy (7,9%), Río Negro (7,2%) Salta (6,6%) y Formosa (6,1%). <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-21-99>. El mismo Censo Nacional incorporó, por primera vez, información en relación con la cantidad de población afrodescendiente (149.493).

(13) SÁNCHEZ BOTERO, Esther, "El peritaje antropológico...", ob. cit., p. 247.

(14) "se podría alegar que el matrimonio prescrito constituye el interés superior de los jóvenes porque de no participar en este, serían ruedas sueltas, no clasificables y excluidos de la sociedad tradicional, sin opción de conformar una familia internamente" (SÁNCHEZ BOTERO, Esther, "El peritaje antropológico...", ob. cit., p. 248).

149.493, y la cantidad de extranjeros superaba el 4% de la población: 1.805.957 personas, en su mayoría, provenientes de países limítrofes, siendo la paraguaya y la boliviana las comunidades mayoritarias, con más de medio millón de personas la primera y casi 350.000 la segunda (17). También la presencia de las comunidades israelí y árabe han dado lugar a la permanencia de sus tradiciones y culturas (18).

Aunque su inclusión como pueblo no estuvo prevista en el último censo, conforme estimación realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la comunidad romaní alcanza las 300.000 personas, siendo Mar del Plata, Comodoro Rivadavia, Salta, Rosario, Necochea, Bahía Blanca y Córdoba las localidades en las que se han radicado en su mayoría (19).

Cuando los jueces de estas jurisdicciones deben resolver en relación con situaciones en las que los integrantes de estos grupos están involucrados, un obstáculo que puede presentarse es la ausencia de conocimiento de las normas de convivencia propias en cada uno de estos pueblos. Si bien las pericias antropológicas presentan un recorrido mayor en el ámbito penal, su utilidad en el proceso de familias resulta clara: procesos de guarda, adopción, situaciones relacionadas a la responsabilidad parental, violencia de género, derechos de las personas mayores, son solo algunos de los tópicos en los que el conocimiento de otras realidades puede sumar alternativas de cuidado de las personas en estado de vulnerabilidad, así como posibilidades de solución pacífica de conflictos.

Señala Esther Sánchez Botero que el derecho es un componente de la cultura, una “manifes-

(17) <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-21-99>. El mismo Censo Nacional incorporó, por primera vez, información en relación con la cantidad de población afrodescendiente.

(18) www.daia.org.ar.

(19) Dirección Nacional de Pluralismo e Interculturalidad, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/promocion/pluralismo/comunidad-romani#:~:text=Si%20bien%20no%20existe%20un,los%20colectivos%20culturales%20m%C3%A1s%20discriminados>.

tación cultural de la forma particular como una sociedad organiza la vida social; por ejemplo, define quiénes son parientes dado que el concepto y sentido del parentesco no es universal (sociedades matrilineales o patrilineales), qué hacer con un huérfano (¿abandonarlo como hacemos en la mayoría de nuestros países, dejándolo al cuidado de instituciones inhumanas, o adoptarlo por los miembros de un clan, o darlo en adopción por fuera de la sociedad en que nació? ¿Pueden los homosexuales adoptar niños?), dónde enterrar la placenta (¿al oriente de la casa donde nace el niño, en basureros, quemada en hornos de gas?), qué derechos adicionales tienen las mujeres en comparación con los hombres (tierra, mayor número de días de cuidado del bebé)” (20).

IV. Diálogo intercultural o traducción de *saberes*

Teniendo en cuenta, entonces, la presencia en nuestro país de varias culturas que coexisten en un mismo tiempo histórico, el siguiente paso es analizar la relación que podrá darse entre ellas, es decir, qué tipo de *interculturalidad* estamos dispuestos a asumir desde el proceso de familias. Teniendo como norte el respeto a los derechos humanos (21) de las personas involucradas, la mirada intercultural complejiza, pero enriquece la función del juez, tradicionalmente ligada —como el resto de los poderes de los Estados Nacionales— a la cultura que ha prevalecido en cada territorio (22).

(20) SÁNCHEZ BOTERO, Esther, "El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural", Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH Cooperación Técnica Alemana ProFis, Bogotá, 2010, p. 22, disponible en https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Justicia_Enfoque_Etnico/Publicaciones/Esther%20Sanchez%20-%20El%20peritaje%20antropologico%20justicia%20en%20clave%20cultural.pdf.

(21) Sobre las condiciones para la reconstrucción intercultural de derechos humanos, BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, "Construyendo las Epistemologías del Sur ...", ob. cit., p. 125 y ss. Y aut. cit., Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal., CLACSO, Buenos Aires, 2010, ps. 83/116.

(22) En el artículo de Presentación del Nro. 52 de la revista "El otro Derecho" —director: Germán Palacio Castañeda, ILSA (Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos), Bogotá, Colombia, p. 10— alude al derecho hegemónico como expresión

La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (23) alude a la interculturalidad como presencia e interacción equitativa de diversas culturas, previendo la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo (24). Este diálogo propuesto por la Convención recuerda la postura de Boaventura de Sousa Santos cuando insta a efectuar un *trabajo de traducción* intercultural que permita crear inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo (25), aun cuando las dificultades en relación al qué traducir, cómo hacerlo, y quién puede hacerlo planteen nuevas complejidades (26), teniendo en cuenta que es la cultura dominante la que ejerce los poderes del Estado Nacional, y se expresa en su lengua, que, como toda lengua, es responsable tanto de la memoria como del olvido, y de la impronunciabilidad de algunas experiencias (27).

Por ello, cuando el juez de familia construye su sentencia, y elabora una norma individual a la medida del interés de cada NNA, y cada familia, debe abandonar el lugar central de la escena (28), reconocer los límites de su cono-

de la clase dominante: "Los estudios sociojurídicos, en tanto buscan ampliar los marcos del entendimiento del derecho, se configuran como una crítica a la dogmática jurídica, pero no pueden ser planteados como un saber o un ejercicio de investigación empírica aislado de la realidad social, sino que la pesquisa sociojurídica de matriz crítica debe estar social, espacial e históricamente ubicada, debe ser acción concreta que controvierta la realidad social hegemónica y su forma legal y jurídica".

(23) Ratificada por la Argentina conforme Ley Nacional 26.305.

(24) Conv. Cit., art. 4to. punto 8.

(25) DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Una epistemología del sur", Clacso, Buenos Aires, 2009, ps. 98/151.

(26) DE SOUSA SANTOS, Boaventura, "Una epistemología...", ob. cit., ps. 148/9.

(27) REYES MATE, Manuel, "La piedra desechada", Madrid, Trotta, 2013, pp. 130/1: "hay acontecimientos que, aunque fueran pensables no fueron pensados. Me refiero al sufrimiento de las víctimas que ha jalonado la historia. No se las pensó porque se las privó de capacidad semántica".

(28) BALLARIN, Silvana, "Anamnesis y experiencia de injusticia. Territorios del proceso de familia", en Antes de que decline el día. Reflexiones filosóficas sobre otro mun-

cimiento científico, e incorporar los saberes interdisciplinarios que la resolución de cada caso requiera. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad se refieren a la viabilidad de las pericias culturales, al aludir a la resolución de conflictos de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, "donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma" (29).

En esta línea, y al evaluar el efecto de la entrada en contacto de las tradiciones de otras culturas con la cultura dominante, plantea Sánchez Botero las dificultades que, para los jueces, formados en el derecho estatal, puede ocasionar la interpretación de hechos culturalmente inexistentes en su propia sociedad (30). Es por ello por lo que la herramienta del peritaje antropológico puede resultar en muchos casos necesaria. Surgiría, si no, el gran riesgo de jueces bien intencionados que, en base a una actitud sensible y comprometida, pudieran considerarse suficientemente instruidos para develar las tradiciones que, como *señales*, son emitidas por otras culturas. Pero se trata de conocimiento intercultural. La *buena voluntad y sensibilidad* del juez podría encubrir, en el fondo, una concepción paternalista por parte de quien integra la cultura preponderante y ejerce el poder del Estado (31). Como enseña López Faura, todo saber discipli-

do posible, Francisco José Martín (Ed.), Editorial Anthropos, Siglo XXI Editores, Barcelona, 2020, ps. 253/64.

(29) 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, [49], Sección 6ta.

(30) SÁNCHEZ BOTERO, Esther, "El peritaje antropológico", Justicia en clave cultural, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH Cooperación Técnica Alemana ProFis, Bogotá, 2010, p. 129, disponible en https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Justicia_Enfoque_Etnico/Publicaciones/Esther%20Sanchez%20-%20El%20peritaje%20antropologico%20justicia%20en%20clave%20cultural.pdf.

(31) Como recordara en artículos anteriores, muy claramente plantea el grave peligro que encierra la postura de los jueces oráculo Perfecto Daniel Ibáñez (En torno a la jurisdicción, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 161.). Ello opera cuando el juez se desplaza de aquel saber respecto del cual tiene una competencia técnica, para evaluar otros aspectos ajenos a ella. En dicha obra, el autor alude a sentencias de tribunales penales que

nario es una forma de poder, y la apertura del juez a la interdisciplina importa compartir el poder, cuestión central a la hora de esclarecer la función del juez, el protagonismo de los peritos expertos y el rol de los abogados (32).

V. Las normas jurídicas internacionales y del Estado nacional

Se ha mencionada en el acápite anterior a la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Sumemos ahora a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (33) que, además de reconocer el derecho las comunidades indígenas a preservar y transmitir a las futuras generaciones su identidad e integralidad cultural, alude en particular a la familia indígena en su artículo XVII:

“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.

“2. En asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familia, y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria. En la determinación del interés superior del niño, las cortes y otras instituciones relevantes deberán tener presente el derecho de todo niño indígena, en común con miembros de su pueblo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión o a hablar su propia lengua, y en ese sentido, deberá considerarse el derecho indígena del pueblo correspondiente, y su punto de vista, de-

pretenden valorar aspectos internos de la conducta de las personas.

(32) LÓPEZ FAURA, Norma, "Derecho y psicología: una articulación pendiente", en *La familia en el nuevo derecho*, (directora: Kemelmajer de Carlucci) Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, T. I, ps. 1217131.

(33) AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016

rechos e intereses, incluyendo las posiciones de los individuos, la familia, y la comunidad”.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (34) también alude en su articulado al derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona de las personas indígenas. En particular, destaca los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas, exhortando a los Estados —juntamente con las comunidades indígenas— a adoptar medidas que aseguren protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación (art. 22).

Resalta el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad, como pueblos distintos, y a no ser sometidos a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo (art. 7°). También alude al derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos (art. 12), así como a transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos (art. 13).

Alude también al derecho de entender y hacerse entender en los procesos judiciales, mediante servicios de interpretación u otros medios adecuados (art. 13), así como al acceso de los niños indígenas a la educación en su propia cultura y en su propio idioma (art. 14). Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública (art. 15).

Con relación a la normativa nacional, la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos

(34) Res. 61/295 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf, 107a. sesión plenaria.13 de septiembre de 2007.

en el inciso 17 del artículo 75, garantizando el respeto a su identidad y reconociendo asimismo personería jurídica a sus comunidades.

El Código Civil y Comercial de la Nación, caracterizado por muchos autores como un *cuerpo normativo pluricultural* (35), alude, en particular, al derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas (art. 18 y Título V, Libro IV), así como al derecho a la inscripción registral del nombre en idiomas originarios (art. 63 inc. c). En los Fundamentos del Anteproyecto, refieren Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci que se ha tenido en cuenta la elaboración de un *código con identidad cultural latinoamericana y basado en un paradigma no discriminatorio*, receptando, entre otros sujetos que no habían tenido una recepción sistemática anteriormente —la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes— a las comunidades originarias. Más allá de estas dos menciones puntuales, la visión plural de familias es la que inspira su articulado en el Libro II.

VI. Conclusiones

Refiere Kalinsky que la antropología tiene dos características principales: dar una perspectiva holística o totalista de los ambientes en donde se producen determinados fenómenos y afirmarse en la visión de los otros sobre los hechos bajo análisis (36): “La antropología usa metodologías de interferencia, involucrándose en esos diferentes puntos de vista al proponer en lo que se llama ‘trabajo de campo’ una constitución múltiple de los acontecimientos a examinar. De esta forma, permite seguir trayectorias de vida, experiencias, significados y construcciones simbólicas sobre los hechos y acontecimientos vividos, usando distintas

(35) CAMELO, Gustavo - HERRERA, Marisa - PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, T. I, p. XVI.

(36) KALINSKY, Beatriz, “La pericia antropológica como herramienta de investigación social”, AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana, No. 25, noviembre/diciembre 2002, disponible en <https://www.aibr.org/antropologia/25dic/index.html>.

metodologías y aproximaciones epistemológica” (37).

Cuando repensamos el proceso de familias a partir del sufrimiento individual de cada persona, antes que desde la idea abstracta de justicia —es decir, desde el acontecimiento antes que desde el razonamiento— ello nos impone ver y escuchar la voz de los propios protagonistas, en primera persona.

Si quienes asumen la tara de legislar y juzgar solo reconocen un modelo único, las normas se establecen para todos, partiendo de una premisa errónea: el otro es otro yo. Y si es así, no hay lugar para el diferente a mí. Y los derechos humanos pasan a ser los derechos humanos de las personas como yo.

Construir un pensamiento de alternativas aparece, así como una opción respetuosa de los derechos del otro: alojar el propio bagaje cultural de la persona adoptada como parte de su identidad (38), reconocer las normas familiares indígenas, gitanas y de otras minorías étnicas que cohabitan nuestro territorio: diferentes distribuciones en las funciones de cuidado de los NNA, así como normas de cuidado del propio cuerpo, derecho al nombre en idiomas originarios. Asimismo, las temáticas de género y violencia intrafamiliar, en las que el juez puede

(37) KALINSKY, Beatriz, ob. cit.

(38) Tanto en la adopción nacional como, aún más, en la internacional, la necesidad de conocimiento del bagaje cultural de la persona cuya adopción se evalúe resulta indispensable si se quiere evitar poner el acento únicamente en su adaptación social y cultural, y está íntimamente ligado al concepto de idoneidad de los eventuales adoptantes a evaluar por el juez. Resulta en tal sentido alarmante la decisión que habría adoptado el Estado Colombiano en 2013 de limitar la adopción internacional a niños indígenas, discapacitados o afrodescendientes aduciendo la existencia de un gran número de pretensos adoptantes nacionales respecto del colectivo de niños sin discapacidad y de otras procedencias raciales. Pareciera no haberse evaluado en la decisión las dificultades que para aquellos niños pueden derivarse en la adopción internacional respecto del mantenimiento de contacto con las comunidades de origen, y, en consecuencia, de preservación del idioma, costumbres y tradiciones constitutivas de su derecho a la identidad. Diario La voz de Galicia, 31/5/2013, disponible en <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2013/05/31/colombiasolo-dejara-adoptrar-extranjeros-ninos-discapacitados-afrodescendientes-indigenas/0003136997784125288748.htm>, última consulta 5/2/2021.

obtener conocimiento de las cosmovisiones de otras culturas que puedan poner en riesgo o, por el contrario, general conductas de protección comunitaria a la víctima.

Construir procesos de familias que alberguen tales alternativas importará alojar otras disciplinas que, hasta el presente, poca intervención han tenido en el proceso de familias.