

SÉPTIMO CUADERNO DE DERECHO JUDICIAL COMPARADO

Maestría en Magistratura y Derecho Judicial

Departamento de Derecho Judicial

XVI Jornadas de Derecho Judicial:
Vulnerabilidad, Justicia y Derecho.

Nuevos Desafíos

María Gattinoni

Coordinadora

THOMSON REUTERS

LA LEY

UNIVERSIDAD
AUSTRAL



DERECHO

Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Esteban Rodríguez
Rector

Dra. Lourdes Perea
Vicerrectora de Asuntos Académicos

Dr. Domingo Tarzia
Vicerrector de Investigación

Esp. María Susana Urrutia
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Mag. Luis García Ghezzi
Secretario General

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Manuel García-Mansilla
Decano

Mag. Celina Cantú
Vicedecana

Mag. Ignacio De Casas
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dra. Miriam Ivanega
Consejera

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. Gusavo Sá Zeichen
Coordinador Académico del Departamento de Derecho Judicial

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección
Cuadernos de Derecho Judicial**

Dr. Rodolfo Vigo

Mag. María Gattinoni

Dr. Néstor Sagüés

Dr. Jorge Jiménez Martín

Dr. Carlos Alberto Andreucci

Esp. María Lilia Díaz Cordero

Dr. Armando Andruet

SÉPTIMO CUADERNO DE DERECHO JUDICIAL COMPARADO

XVI JORNADAS DE DERECHO JUDICIAL: VULNERABILIDAD,
JUSTICIA Y DERECHO. NUEVOS DESAFÍOS

Coordinadora:

María Gattinoni de Mujía

Autores:

Úrsula Basset

Fernando Etienot

Jorge Nicolás Lafferriere

Nicolás J. Di Lella

María Isolina Dabove

Ana Clara Pauletti

Martha Helia Altabe

Martha Finemann

Ana Carolina Santi

**Claudia Patricia Sanabria
Moudelle**

María Gabriela Abalos

Nora C. Luzi



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

THOMSON REUTERS

LA LEY

Gattinoni, María

Séptimo cuaderno de derecho judicial comparado : XVI Jornadas de Derecho Judicial : vulnerabilidad, justicia y derecho : nuevos desafíos / María Gattinoni. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Universidad Austral, 2024.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4820-7

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.2

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2024

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4820-7

Prólogo	
<i>María Gattinoni</i>	9

PRIMERA SECCIÓN

¿Es viable la perspectiva de vulnerabilidad en el derecho interno e internacional?	
<i>Úrsula Basset</i>	19
Claves de la vulnerabilidad humana	
<i>Jorge Nicolás Lafferriere</i>	32
Vulnerabilidad y vejez en el derecho judicial argentino	
<i>María Isolina Dabove</i>	50

SEGUNDA SECCIÓN

El acceso a la jurisdicción de personas en condición de vulnerabilidad	
<i>Martha Helia Altabe</i>	79
Personas en situación de vulnerabilidad en razón de su discapacidad. La excepcionalidad de las restricciones y algunos aportes en materia de designación de apoyos	
<i>Ana Carolina Santi</i>	117
La capacitación en las carreras de Especialización y Maestría en Magistratura y Gestión Judicial en Mendoza	
<i>María Gabriela Abalos</i>	137
Una ley para adoptar al sistema de las vulnerabilidades como perspectiva. Exposición sobre la elaboración de la ley provincial de Tucumán número 9602	
<i>Fernando Etienot</i>	147
El consumidor sobreendeudado como sujeto hipervulnerable. Problemática del proceso concursal. Actualidad jurisdiccional y administrativa	
<i>Nicolás J. Di Lella</i>	160

TERCERA SECCIÓN

Vulnerabilidad procesal

Ana Clara Pauletti.....209

CUARTA SECCIÓN

Vulnerabilidad y condición humana

Martha Finemann.....253

Experiencias internacionales comparadas. De la vulnerabilidad al cuidado

Claudia Patricia Sanabria Moudelle.....256

Acceso a justicia para todos: un desafío global

Nora C. Luzi.....267

Prólogo Séptimo Cuaderno de Derecho Judicial Comparado

XVI Jornadas de Derecho Judicial: Vulnerabilidad, Justicia y Derecho. Nuevos Desafíos

Buenos Aires 15, 16 y 17 de agosto de 2023

María Gattinoni

Como todos los años, desde el Departamento de Derecho Judicial procuramos abordar temas que aporten herramientas útiles a la hora de brindar respuestas desde los distintos poderes judiciales y los ministerios públicos. Las XVI Jornadas de Derecho Judicial no han sido la excepción y en esta oportunidad reflexionamos en torno a la idea de la viabilidad del concepto de vulnerabilidad para los desafíos de la justicia hoy y la necesidad de adoptar nuevos criterios para la toma de las decisiones judiciales.

Corresponde en primer lugar agradecer especialmente a la Dra. Úrsula Basset, profesora a cargo de la materia Acceso a Justicia y vulnerabilidad en la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral desde hace varios años, quien hizo posible el encuentro entre los principales referentes en el tema con aportes muy valiosos desde el ámbito nacional, provincial e internacional.

En la primera sección de este Séptimo Cuaderno de Derecho Judicial Comparado encontraremos los fundamentos iusfilosóficos de la vulnerabilidad de la mano de los doctores Úrsula Basset, Nicolás Lafferiere e Isolina Dabove, quien sumó en esta oportunidad la vulnerabilidad de la vejez. En estos aportes doctrinales se vislumbra que, entre los nuevos desafíos que presenta la labor judicial actual, resulta imprescindible conocer cuáles son los requisitos y presupuestos necesarios para la configuración de la vulnerabilidad como categoría jurídica.

En la segunda sección tenemos el aporte de las experiencias provinciales en materia de acceso a Justicia en condiciones de vulnerabilidad. En primer lugar, se aborda el acceso a la jurisdicción de personas en condición de vulnerabilidad en la provincia de Corrientes, por Martha Helia Altabe; en segundo lugar, se trata el problema de las personas en situación de vulnerabilidad en razón de su discapacidad, la excepcionalidad de las restricciones y algunos aportes en materia de designación de apoyos, por Ana Carolina Santi, provincia de Buenos Aires; en tercer lugar, contamos con el valioso aporte de María Gabriela Ábalos, quien trató la perspectiva de vulnerabilidad en la capacitación judicial en Mendoza; en cuarto lugar se analiza el caso de una ley para adoptar al sistema de las vulnerabilidades como perspectiva, a partir de la exposición sobre la elaboración de la ley provincial de Tucumán número 9602, por Fernando Eteniot y, finalmente, se trata la problemática del consumidor sobreendeudado como hipervulnerable y la problemática del proceso concursal por Nicolás J. Di Lella, de Tucumán.

En la tercera sección, con el aporte de Ana Clara Pauletti, se abordan los aspectos de la vulnerabilidad procesal. Se profundiza en el desarrollo de las razones del paradigma protectorio y se puntualiza sobre acciones positivas, tutela diferenciada y delimitación, estándares jurisprudenciales e instancia de verificación de la vulnerabilidad.

La cuarta sección de este cuaderno está destinada a experiencias internacionales comparadas.

Por un lado, se incluye el invaluable aporte de Martha Finemann, quien ha desarrollado la temática en la iniciativa de Vulnerabilidad y Condición Humana en la Universidad de Emory durante los últimos 15 años, planteando la metodología de la vulnerabilidad como una alternativa tanto al contrato social como al paradigma basado en los derechos para pensar la responsabilidad del Estado.

Seguidamente, el trabajo de Claudia Patricia Sanabria Moudelle, que tiene como objetivo comprender las vulnerabilidades a partir de las visitas de monitoreo realizadas en espacios de encierro -de afectación a la libertad- desde el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de Paraguay (MNP). El MNP ha sido creado por Ley

N°4288/2011¹ en cumplimiento a la Convención de las Naciones Unidas para la prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de su Protocolo Facultativo. Es un órgano autárquico e independiente a los tres poderes del Estado.

La participación de Nora C. Luzi introduce la perspectiva global. Bajo el título “Acceso a Justicia para todos”, la autora pone de manifiesto cómo La adopción de la Agenda Global del Desarrollo (Agenda 2030) en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas en 2015 refleja el reconocimiento de los estados parte sobre la importancia del estado de derecho y el acceso a justicia para lograr un desarrollo sostenible al incluir expresamente en uno de sus objetivos las metas de estado de derecho y el acceso a justicia para todas las personas.

Los trabajos que integran este Séptimo Cuaderno de Derecho Judicial permiten continuar la reflexión sobre la temática de la vulnerabilidad y ahondar en los diálogos y debates que se suscitaron en el marco de los Talleres de Trabajo realizados durante el tercer día de las XVI Jornadas de Derecho Judicial. En dicho espacio, expositores y asistentes intercambiaron posiciones y arribaron a conclusiones que tienen como fin consolidar aportes al derecho judicial desde perspectivas muy diversas. En este sentido, se espera que los desarrollos y propuestas aquí compiladas sirvan como guía y referencia para futuras respuestas en el ámbito del derecho judicial, contribuyendo así al fortalecimiento de nuestras instituciones y a una mejor, y más eficaz, protección de los justiciables en situación de vulnerabilidad.

¹ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura www.mnp.gov.py

XVI Jornadas de Derecho Judicial
“Vulnerabilidad, Justicia y Derecho. Nuevos desafíos”

En las conclusiones de los talleres que se realizaron durante el tercer día de las XVI Jornadas de Derecho Judicial se buscó alcanzar una aproximación al concepto de vulnerabilidad, funciones, fortalezas y debilidades.

Taller I: Requisitos y presupuestos para la configuración de la vulnerabilidad como categoría jurídica

- **La vulnerabilidad es una característica universal de todo ser humano, que deriva de su corporeidad y de su finitud.**
- **La vulnerabilidad posiciona a la persona en el derecho no como un individuo, sino como un ser en relación,** interdependiente de otras personas, lo que brinda una posibilidad de resiliencia.
- **La vulnerabilidad tiene funciones perceptivas, hermenéuticas y correctivas.**
- **La función perceptiva, permiten, a través de la empatía, percibir la vulnerabilidad de cada sujeto en una relación jurídica,** permitiendo así configurar una descripción más precisa y concreta de la especie jurídica. Funcionan como un test de vulnerabilidad y requieren habilidades actitudinales del operador jurídico y, eventualmente de abordajes interdisciplinarios.
- **La función hermenéutica de la vulnerabilidad admite que en caso de que de una norma se admitan dos o más interpretaciones, el operador adopte aquella que resulte más favorable al sujeto vulnerable en la relación jurídica.**
- **La función correctiva es de aplicación excepcional, y es la que permite corregir por equidad un texto legal vigente** cuando, el supuesto está contenido en la ley, pero por su excepcionalidad, no ha sido previsto por el legislador y, de aplicarse la ley a ese caso, daría un resultado manifiestamente contrario al querido por el legislador generando un impacto desproporcionado.

- **Aunque todos somos vulnerables, el derecho debe corregirse en virtud de la vulnerabilidad sólo en casos específicos que deben surgir de evidencia probatoria en el expediente.** La función correctiva de la equidad es excepcional, porque se presume que el legislador ya hizo un juicio preventivo de protección de la vulnerabilidad, por lo cuál en todos los casos, en principio, la vulnerabilidad ya está contemplada en el remedio legal.
- **La vulnerabilidad es un concepto jurídico abierto: en su amplitud y flexibilidad se encuentra su ventaja.** Su riqueza está precisamente en su amplitud, en su polisemia, y en ocasiones, tratar de definir requisitos o presupuestos de manera objetiva, o intentar caracterizarlo de manera rígida, termina por limitarlo.
- **A pesar de su indeterminación, es posible aproximarse al concepto de vulnerabilidad a través del abordaje categorial** que ofrecen los instrumentos y la jurisprudencia internacional, como las 100 reglas de Brasilia, los Tratados Interaccionales o la jurisprudencia de la Corte IDH. P. ej., personas adultas mayores, niños, mujeres, personas con discapacidad. El abordaje categorial permite un primer abordaje en abstracto, que pone en alerta al operador.
- **Para aplicar la perspectiva de vulnerabilidad es necesario un segundo paso consistente en contextualizar la vulnerabilidad a la persona que se presenta ante el servicio de justicia:** su posición correlativa, sus circunstancias, su contexto. Para eso, es necesario un contraer el abordaje categorial en la percepción circunstanciada de cada sujeto de la relación jurídica. Por ejemplo, un hombre con discapacidad puede, en cierto sentido, tener sometido a quien cuida de él con sus exigencias. Un consumidor puede tener pretensiones relativas excesivas en función de un marco legislativo muy favorable. O la inversa, en ambos casos.
- **La intermediación y la participación interdisciplinaria de los equipos técnicos son herramientas útiles** en la función perceptiva de la vulnerabilidad.

- **La perspectiva de vulnerabilidad requiere del operador determinadas habilidades actitudinales.** Entre las habilidades personales y sociales que los participantes del taller reconocen como esenciales, encontramos la empatía y la escucha activa: la primera para poder comprender la situación de los justiciables en el proceso; y la segunda para poder reconocer dentro de cada segmento en abstracto, la vulnerabilidad en el caso concreto.
- **La empatía tiene varias ventajas:** i) permite proporcionar a las partes la posibilidad de ejercitar sus derechos dentro del proceso en condiciones de igualdad y trato digno, pues parte del “reconocimiento” de todas las partes y sus circunstancias en el proceso; ii) permite también alcanzar una conexión con la ciudadanía, que percibe a la justicia como rígida, fría, inflexible, y alejada de las necesidades y expectativas sociales.
- **Deben desarrollarse mecanismos preventivos acerca del abuso de la perspectiva de vulnerabilidad.** Se señaló que el uso desmedido y descontextualizado de la vulnerabilidad como categoría, puede conducir a la cristalización de inequidades no deseadas dentro del proceso e incurrir en arbitrariedad. Otra forma de abuso de la perspectiva es utilizarla sólo en sentido categorial, sin hacer un análisis de concreción: pertenecer a una categoría vulnerable en abstracto, no significa necesariamente ser vulnerable en concreto en esa relación jurídica específica.

Taller II: Vulnerabilidad y Derecho Público

- Se recomienda la incorporación de la perspectiva de vulnerabilidad, recomendando a operadores judiciales el ejercicio de la empatía y la consideración de las circunstancias de las partes en el proceso, con conciencia del compromiso que involucra.
- La vulnerabilidad es una apreciación casuística y requerida de prueba, salvo el hecho notorio.
- Se recomienda atender al sutil equilibrio en la consideración de la vulnerabilidad y su relación con la igualdad entre las partes y el principio de defensa.

- Es necesario contemplar la vulnerabilidad en el área de los procesos administrativos.
- La vulnerabilidad debe ser apreciada con prudencia y respeto de las posibilidades controversiales de la contraparte.
- La vulnerabilidad reposa en la igual e inviolable dignidad de la persona humana.

Taller III: Vulnerabilidad en el Derecho Privado

- **Vulnerabilidad y especie jurídica.** La vulnerabilidad en el derecho privado debe partir de las particularidades de cada caso concreto.
- **Vulnerabilidad y premisa de suficiencia de la norma jurídica convencional-constitucional y de derecho privado positivado.** No puede desentenderse del derecho civil y del marco convencional constitucional, pues el legislador civil e internacional ya tuvo en cuenta la existencia de sujetos vulnerables en el proceso y ya dispuso mecanismos específicos de protección. Debe atenderse al diálogo de fuentes, tomando como premisa que en la ley la protección de la vulnerabilidad ya está prevista.
- **Vulnerabilidad y enfoque interdisciplinario.** En caso de que corresponda, para optimizar la función perceptiva de la vulnerabilidad debe realizarse un enfoque interdisciplinario.
- **Abuso de la perspectiva de vulnerabilidad.** Debe evitarse todo abuso de la perspectiva de vulnerabilidad en el derecho privado. Las decisiones jurisdiccionales no deben establecer o definir políticas. En su caso, corresponde exhortar a otros poderes o autoridades competentes a tomar acciones frente a una determinada situación de vulnerabilidad acreditada.
- **Instituciones útiles en la perspectiva de vulnerabilidad.** En el derecho privado, la vulnerabilidad puede ser estable o transitoria. Corresponde destacar el carácter relacional de la vulnerabilidad, pudiendo existir un entrecruzamiento entre lo estable y lo transitorio. Asimismo, deviene relevante enfatizar la incidencia de las distintas categorías de vulnerabilidad frente

al principio de buena fe, así como con relación a la prohibición de abuso del derecho y abuso de la posición dominante.

- **Ventajas del enfoque categorial e interseccional para un primer abordaje. Insuficiencia del enfoque categorial e interseccional para percibir la vulnerabilidad en concreto.** El enfoque categorial de la vulnerabilidad en el derecho privado es un primer abordaje de la función perceptiva de la vulnerabilidad, que puede complementarse con la teoría de la interseccionalidad, en la que se usan categorías superpuestas. Sin embargo, en todos los casos, el abordaje categorial es insuficiente, pues la inserción en una o más categorías no necesariamente significa la vulnerabilidad en concreto, por eso, un segundo caso será determinar si la persona captada por esas categorías, es concretamente vulnerable en la relación jurídica específica bajo examen.
- **Prudencia y cautela en el recurso a la perspectiva de vulnerabilidad en su función correctiva.** Se destaca la prudencia como otro valor especialmente relevante en caso de hacer ajustes razonables que incidan sobre los principios de bilateralidad y derecho de defensa.
- **Relevancia de los hechos concretos y la prueba para determinar la existencia de una situación de vulnerabilidad.** Se reivindica la importancia del proceso de argumentación –compresivo tanto de tareas de inducción como de deducción– en el análisis de la vulnerabilidad en cada caso. La vulnerabilidad demanda poner especial foco en los aspectos fácticos del caso.

PRIMERA SECCIÓN

¿Es viable la perspectiva de vulnerabilidad en el derecho interno e internacional?¹

Úrsula Basset

1. El perspectivismo en el derecho, un fenómeno que es necesario interrogar

La pregunta es inquietante. El “perspectivismo” ha hecho una entrada triunfal en el derecho y es usual escuchar hablar de perspectiva de género, perspectiva de salud mental, perspectiva de infancia o, también, de perspectiva de vulnerabilidad. Estos giros se usan en todas las ramas del derecho y hoy día, constituyen, junto con la interseccionalidad, posiblemente el último de los lugares comunes del derecho.

Ninguna de las dos herramientas tiene aceptación absoluta. Especialmente, la interseccionalidad es muy disputada por reforzar estereotipos y anonimizar a las personas en situación de vulnerabilidad. En cuanto al perspectivismo, como forma de abordaje del derecho, no se le conocen muchos estudios de carácter científico que puedan clarificar cuál es el impacto correctivo que tiene, y si ese impacto correctivo se compensa con el riesgo que emerge de la distorsión de mirar el derecho desde una vulnerabilidad específica (volvemos a esto más abajo). En ambos casos, los dos conceptos gozan de aceptación considerable, lo que permite que se apliquen en la práctica, sin demasiadas interrogaciones. ¿Está bien que sea así?

¹ Hemos abordado la vulnerabilidad en varios escritos con anterioridad a este. Si bien este escrito es completamente original, se ve completado por otros escritos anteriores. Ver especialmente: Basset, Ursula C. “La perspectiva de vulnerabilidad en el derecho constitucional-convencional”, en Basset, Ursula C. Alfonso, Santiago (dir). Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley, T. I, p. 257 y ss. Basset, Ursula C., “Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)”, Revista Código Civil y Comercial. N° 6 - Diciembre 2022. Ver también: Basset y otros, Tratado sobre la vulnerabilidad, La Ley, 2017. Especialmente: Basset, U.C. “La vulnerabilidad como perspectiva : una visión latinoamericana del problema : aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Basset, U. (dir.). Tratado de la vulnerabilidad. Buenos Aires : La Ley, 2017. ISBN 978-987-03-3401-9. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15434vos>

Es así, el derecho tiene modas. Por épocas, toda la comunidad acepta un determinado modo de concebir la realidad, muchas veces en forma acrítica, simplemente porque ese modo de ver la realidad está difundido o se empieza a repetir. Se convierte entonces, acríticamente, en un dogma o una verdad implícita e indiscutible. La psicología ha ya demostrado cómo los individuos temen quedar aislados o en posiciones marginales con sus ideas, por lo que la presentación de los conceptos mayoritariamente aceptados, es un poderoso inductor a aceptarlos sin preguntas. Existe además un voto de confianza a que si es tácitamente aceptado, ha de ser porque hay una razón de bondad en la teoría.

Todos estos mecanismos son sorprendentes por al menos dos razones. La primera es que, que una idea sea comúnmente aceptada, no significa que sea cierta o buena, sino que hay un fenómeno social de aceptación. Recordemos que corrientes políticas sumamente cuestionables más de una vez en la historia tuvieron aceptación masiva. Lo mismo sucedió con prácticas sociales naturalizadas, como la esclavitud. ¿Estaba bien la esclavitud porque la mayoría la considerara buena? ¿Era correcto el nacionalsocialismo porque la mayoría adhiriera a él? Ciertamente que no. De modo que sería bueno tomar distancia de los fenómenos masivos y juzgar cada concepto, tomando distancia de su grado de adhesión.

La segunda razón viene precisamente del derecho antidiscriminatorio. Un presupuesto de las teorías que piden aplicar acríticamente y siempre la perspectiva de género es que existe una discriminación estructural o sistémica contra la mujer. Es decir, que la sociedad (y, por ende, el derecho) están imbuidos de discriminación, al punto de que, esa discriminación es inconsciente y está introyectada incluso por las mismas víctimas, que han naturalizado el fenómeno. Este presupuesto, que es de hecho y no dogmático, requeriría comprobación fáctica. Ahora bien, los postuladores del perspectivismo más radicalizado, no admiten esa comprobación fáctica. El sólo hecho de poner en duda esa discriminación sistémica, evidencia que la persona que duda está tomada ya por estructuras de pensamiento imbuidas del pensamiento hegemónico y discriminatorio. En el fondo, el argumento es circular: existe una discriminación sistémica, es un hecho, pero ese hecho no puede investigarse, porque si se investiga, más aún, si se comprueba su inexistencia, eso demuestra que la persona que intenta investigar o comprueba su inexistencia, ya está absorbida por las estructuras discriminatorias y es parcial. Es decir, que no es un hecho, es una suposición dogmática que no admite ser cuestionada.

Ahora bien, este presupuesto implica un fenómeno masivo de naturaleza psicológica. Admite que la sociedad podría estar persuadida erróneamente de

sistemas y estructuras discriminatorias, que validara como ciertos. La posibilidad de que la sociedad pueda estar masivamente convencida de una ilusión óptica de igualdad que no es tal, es indispensable al perspectivismo. Sin embargo, toda vez que el perspectivismo es hoy un fenómeno masivo y dogmáticamente aceptado, ¿cómo sabemos que no es, en sí mismo, una ilusión óptica, puesto que para sostener el perspectivismo se debe admitir que estas ocurren y han ocurrido históricamente para perpetuar estructuras de discriminación?

Preguntados acerca de qué significa el perspectivismo, posiblemente muchos entiendan una herramienta correctiva de la desigualdad en la vida social y, que, por ende, se traslada al derecho. ¿Nos hemos preguntado suficientemente si el perspectivismo corrige la igualdad efectivamente o no? ¿Existe la posibilidad de que el perspectivismo o la interseccionalidad agraven o perpetúen estereotipos existentes?

La única verdad, y el único compromiso auténtico que se tiene en el derecho es con la persona humana concreta, no con las teorías. Si una teoría o una forma de ver la realidad se transforma en una superestructura divorciada de la persona, centro del derecho, que es a quien sirve, esa teoría es ineficiente e incluso dañosa. Tomando la centralidad de cada persona humana en el derecho como punto de partida, cabe preguntarse entonces si es viable el perspectivismo, en qué términos podría serlo, y, específicamente, si puede serlo un perspectivismo de la condición de vulnerabilidad.

2. La vulnerabilidad como condición universal, ¿es compatible con el perspectivismo?

Hay muchas formas de concebir la vulnerabilidad. La más difundida y la que goza de más aceptación es la que entiende que la vulnerabilidad humana es una condición universal compartida que surge de la corporeidad y de la finitud inscrita en esa corporeidad. En tanto que seres corpóreos, y por ello, caducos, nuestros cuerpos envejecen, enferman, y, en algún momento pueden dejar de cumplir funciones, y provocar la muerte. La vulnerabilidad es esa conciencia del carácter finito y transitorio de la existencia humana, la posibilidad de ser herido en cualquier momento e incluso de morir.

Esa condición es compartida por que pertenece a la condición de la existencia humana. Por eso, la vulnerabilidad es una condición universal, porque es inherente a la condición humana. En tanto que condición universal, la universalidad es un punto de conexión óptimo para la empatía. Suprime el presupuesto de mismo de la discriminación que es crear un “nosotros” y un “ellos”. A partir de la comprensión de la vulnerabilidad compartida, yo soy el otro, nosotros somos

ellos. Cae la ficticia división que ofrece el derecho categorial y se restaura la idea de igual dignidad esencial de todo ser humano más allá del color de la piel, de las elecciones personales, del sexo, de la edad.

Es indubitable la riqueza del concepto y lo mucho que tiene para aportar al derecho. Permite hacer que la fragilidad sea abrazada y naturalizada. No tiene sentido ya pensar que la vulnerabilidad puede erradicarse. La respuesta a la vulnerabilidad no es una utópica independencia y autonomía absoluta, sino lo contrario, el deber de resiliencia, en términos del Art. 32 Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, como un deber del individuo para con la familia, la sociedad y el Estado.

Ahora bien, si la vulnerabilidad es universal, ¿cómo podría ser una perspectiva de análisis? Tiene sentido que haya una perspectiva de análisis cuando es sectorizada, no cuando es universal.

3. ¿Puede haber una perspectiva de vulnerabilidad?

Aunque la vulnerabilidad es universal, se distribuye de manera desigual. Algunas personas son más vulnerables que otras. Eso significa que la sociedad tiene una obligación mayor de promover la resiliencia de aquellas personas que son más vulnerables.

En definitiva, la discriminación puede abordarse de manera mucho más humana si se opta por una perspectiva de vulnerabilidad, es decir, en lugar de pensar el derecho desde la perspectiva de la persona autónoma, independiente, como en el derecho decimonónico; sino desde la mirada del más débil.

Mirar el derecho desde la perspectiva del más débil, tomando como punto de partida cuál es el más frágil, es una manera de transversalizar una mirada que no es abstracta, como las categorías; ni es categorial en el sentido de exigir una cantidad de características a las cuáles se les asignan estereotipos, sino que la persona es vista en su concreción, en su vulnerabilidad única, identitaria, y desde allí, a partir de la empatía (yo podría ser ella) se aportan herramientas de resiliencia.

La diferencia con los perspectivismos sectorizados, es que esta perspectiva no privilegia un enfoque sobre otro, y así no opone la perspectiva de género a la de infancia, o la de adulto mayor a la de discapacidad. Toma en cuenta todas las vulnerabilidades, aun las que no están categorizadas y las sopesa e integra en una mirada centrada en las alternativas de resiliencia. No revictimiza ni encierra a las personas en políticas de identidad, de una categoría contra otra, sino que abraza todas las vulnerabilidades relativas. Por eso también, no corre los riesgos del

perspectivismo tradicional, que por ser sectorizado invisibiliza otras fragilidades no enunciadas, sino que toma en cuenta todo sin silenciar ninguna vulnerabilidad. No parte de una teoría abstracta e ideológica, sino que parte de la hospitalidad de la persona concreta en el derecho. Le devuelve a la persona concreta, a su rostro, la centralidad en el derecho.

4. La vulnerabilidad, la hospitalidad y el abordaje poético

Y todavía si vamos un paso más allá, desde lo actitudinal, la vulnerabilidad del otro, que podría ser la mía, se aborda con hospitalidad. Es decir, dar espacio y recibir la vulnerabilidad singular del otro (que es también mía, por eso aplica la famosa frase de Paul Ricoeur “yo como otro”) y acompañarla para que pueda alcanzar mecanismos de resiliencia.

Esta forma de hospitalidad es necesariamente poética, necesariamente creativa y dúctil. Anne Dufourmantelle, le hizo un reportaje al gran filósofo francés Jacques Derrida que se publicó hace unos años, en que Derrida sostiene que “Un acto de hospitalidad no puede sino ser poético”². Poético en el sentido de creativo, en el sentido aristotélico de la palabra poética (poiesis), que es poder crear algo a partir de la realidad. La receptividad, la hospitalidad, que es recibir al otro a partir de mi propia experiencia de vulnerabilidad, es necesariamente creativa. Necesariamente el abordaje hospitalario es poético, porque invariablemente la conjugación entre las circunstancias particulares del encuentro entre la norma jurídica y la vulnerabilidad singularísima que inviste cada justiciable, implicará una solución creativa.

¿Qué quiere decir la hospitalidad creativa o poética? Es la escucha activa, la receptividad del otro, la “concavidad” del operador jurídico para hacer sitio a la persona del otro en todas sus dimensiones personales y contextuales.

5. La vulnerabilidad, ¿es un concepto jurídico? ¿Es siquiera compatible con el derecho?

La teoría de la vulnerabilidad es una teoría que nace hace no mucho tiempo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que de a poco se va proyectando en lenguaje

² Jacques Derrida. En Dufourmantelle, Anne, De l’hospitalité. Ed. Callman-Levy, 1997

internacional acordado e incluso en las convenciones internacionales de derechos humanos.

Nosotros tenemos algunos estudios hechos en donde hemos reseñado la historia de la presencia progresiva de este contexto en el derecho internacional. En el derecho interno argentino tiene una recepción amplísima e incluso creciente.

Con todo, su concepto fue mudando. De estar profundamente apegado a las categorías del derecho antidiscriminatorio, fue creciente cambiando hacia un concepto ubicuo y aplicable a cualquier condición que coloque incluso a raíz del contexto o del tipo de relación a una persona en situación de especial vulnerabilidad en relación a otra. Esa ductilidad permite abarcar debilidades o fragilidades relativas, no fácilmente encuadrables.

Incluso, en varios sentidos, supera la teoría de la interseccionalidad, pues permite conjugar distintas vulnerabilidades sin rigidez, y sin necesidad de dividir a la persona vulnerable en intersecciones derivadas de categorías, sino de permitir sensibilidad con las diversas situaciones o contextos o aspectos relacionales en que la persona se encuentra. Evita además la abstracción que surge de las categorías. La categoría absorbe al sujeto en su estructura, en tanto que la vulnerabilidad parte del individuo y lo ve en su singularidad y con sus alternativas de resiliencia. P. ej. La interseccionalidad dice: esta persona es pobre, afrodescendiente, migrante. En cambio, la vulnerabilidad ve a John, una persona que nació en Kenia, que migró a la Argentina a la espera de un futuro mejor, que tiene 23 años, no tiene estudios secundarios y tiene una familia contenedora que está dispuesta a apoyarlo e inteligencia suficiente para abordar estudios secundarios. Las posibilidades de intervención y la creatividad se multiplican al infinito.

6. El método de aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad

En cuanto al método de abordaje, la perspectiva de vulnerabilidad tiene como punto de partida la empatía, es decir, que la metodología no es muy ajeno a lo que nosotros conocemos por metodología o aproximación al fenómeno jurídico.

La especie jurídica (o los hechos del caso siempre requiere un acto de empatía en el cual uno trata de ponerse en el lugar de las dos partes de cada una de las dos partes y para eso tiene que hacer espacio interior de escucha. Requiere un espacio interior de hospitalidad. Son los hechos los que interpelan al derecho, los que golpean a la puerta de la calificación jurídica del caso. Esa calificación jurídica sólo es posible a partir de una adecuada receptividad de los hechos.

La percepción de los hechos es siempre una percepción jurídica. Sin embargo, esa percepción jurídica no funciona sin un adecuado contacto ampliamente receptivo con el fenómeno, con la manifestación de los hechos y las personas que son protagonistas del conflicto jurídico.

De esos hechos, la percepción jurídica opera una abstracción, pues selecciona los que son jurídicamente relevantes para identificar el tipo jurídico y así hacer la calificación jurídica del caso. Por ejemplo, en el caso anterior, John, keniano, realizó un contrato con un tío por el cual el tío le presta la habitación en forma gratuita, en la medida en que él diariamente se siente por las tardes en el puesto de mantero que el tío alquila. Al mismo tiempo, el tío generosamente le ofrece compartir las comidas y las instalaciones de la casa con la familia. Y, al final de todo son familia, todo es solidaridad. El tío está naturalizado argentino y habla español perfectamente y se dirige a John en español. Le presentó un contrato escrito con estos términos. ¿Qué valor tiene este contrato para quién apenas sabe español y no terminó su escuela secundaria? ¿Qué clase de contrato es, comodato gratuito u alquiler? La percepción jurídica individualiza de los elementos de la realidad, cuáles son jurídicamente relevantes. Conviene poner el foco en este aspecto.

7. La percepción jurídica y la vulnerabilidad.

Esa percepción que abstrae los elementos relevantes es la que crea la “especie” o “fatispecie” que el jurista toma como base para interpelar a la norma y realizar la operación de nombrar jurídicamente la relación jurídica (P. ej. En el caso anterior, decidir si se trata de un comodato gratuito o un contrato oneroso, y, en su caso si hay contraprestación o se trata de una colaboración gratuita en el marco de la solidaridad familiar, etc.).

Una vez que se realiza la imposición del nombre o calificación jurídica, es posible buscar el consecuente y las normas conexas aplicables. P. ej. Supongamos que se califica como un contrato oneroso, podríamos preguntarnos si el consentimiento de John es válido o no, en función de su conocimiento del español, de su falta de estudios o de la situación en la cual consiente (si lo hizo bajo presiones, amenazas, violencia, dolo).

La perspectiva de vulnerabilidad no afecta en líneas generales el proceso formal de calificación jurídica e intervención en el caso. Afecta indudablemente la percepción jurídica, porque supone una empatía respecto de la vulnerabilidad del justiciable que no es usual en la administración de justicia. Esa percepción se afecta porque hay una mayor permeabilidad a la “otredad” del justiciable, a sus circunstancias personales, a la actitud de escucha. El otro no es distinto de mí, es

uno como yo, que tiene circunstancias vitales distintas. Es vulnerable como lo soy yo, sólo en formas distintas que yo. Y conectando conmigo mismo y mi propia vulnerabilidad, conecto con la de él. Esto elimina de cuajo toda posibilidad de paternalismo en la percepción, e incluso toda posibilidad de discriminación, pues el “otro” no es distinto de mí. La hospitalidad está presente en la percepción jurídica, pues el conocimiento es perfecto cuando la cosa conocida está de alguna manera presente en el cognoscente³. El cognoscente se hace al otro en tanto que otro⁴.

Ahora bien, esa percepción jurídica que se ve transformada por la perspectiva de vulnerabilidad permite una renovación completa del proceso de cognición jurídica. Sin embargo, la actuación de la perspectiva de vulnerabilidad estaría incompleta si no se viera al contraluz de su participación en el proceso mismo de calificación jurídica. Es lo que toca a continuación.

8. El proceso de calificación jurídica y la vulnerabilidad

La vulnerabilidad también opera en el proceso de calificación jurídica. La calificación jurídica consiste en imponer un nombre. Supone conectar los hechos (el conocimiento de ellos impreso en una especie jurídica) con el derecho (esa misma especie, expresada en un instituto jurídico o varios institutos conectados). Implica la imposición de un “nomen iuris” de un nombre jurídico a una realidad que se insinúa a la jurisdicción.

Parecería una tarea netamente mecánica. Nada más alejado de la realidad. Ya se advirtió cómo la misma percepción jurídica es un fenómeno complejo, articulado y que integra tanto el acto volitivo como el intelectual. Supone competencias actitudinales que permitan una receptividad respecto de las personas, y una conexión que no perciba al justiciable como un. “otro” sino como “otro yo”⁵, para que “nada de lo humano nos sea ajeno”, como en la comedia de Terencio⁶ y se

³ Badillo, Roberto, “El conocimiento humano en Santo Tomas de Aquino”, Sapientia, 1977, Vol. XXXII, p. 25 y ss.

⁴ Balthasar, Nicholas, *Cognoscens fit aliud in quantum aliud* », Revue Philosophique de Louvain Année 1923 99 pp. 294-31

⁵ Decía Madile: “« El conocimiento de otro yo, considerados el yo y el otro yo en situación, es problemático (...), es cierto, pero no es imposible.” Madile, Juan Alberto, Ensayo sobre comprensión, Abeledo Perrot, 1979, p. 24.

⁶ Nos referimos a la frase pronunciada por el personaje de Cremes, en la Comedia “El torturador de sí mismo” de Terencio. La frase luego hizo fortuna, y fue citada por Cicerón.

verifique así la máxima de la igual dignidad y fraternidad implícita en los derechos humanos.

La misma complejidad se advierte en la imposición del “nomen iuris”⁷ que no es más que revelar la esencia del fenómeno. Los romanos lo decían con una máxima: “ex facto ius oritur”, de los hechos surge el derecho. La calificación jurídica, por lo tanto, no puede ser arbitraria, sino que depende ontológicamente de los hechos (la especie jurídica, para ser más precisos) que le da origen.

Son sumamente interesantes las consideraciones de un gran romanista argentino al estudiar la operación de imposición del nombre en el derecho. Decía Di Pietro que « Una de las más perdurables enseñanzas que nos dejaron los Romanos en materia de derecho, es la de su realismo, entendido este en el sentido de que el Ius debe mantener ineludiblemente una concordancia íntima con la realidad que es su objeto. »⁸ Y que “El nomen tiene para el hombre romano la capacidad de descubrir el mysterium de cada cosa. Pero logrado ello, hay que destacar que la palabra desarrolla una dinámica que se señala primariamente en el poder mágico que adquiere el poseedor del nomen revelador del secreto divino ínsito en la cosa »⁹

Y señala que el derecho contemporáneo con frecuencia ha operado una inversión. En lugar de ir de la especie al nombre, va de la teoría o de la ley a las cosas, imponiéndola a la realidad una concepción que no parte de la escucha sino de la dogmática: “ a razón ha elaborado perdiéndose en tratados inmensos, que han trajinado larguísimas leyes, ha completado códigos aparentemente perfectos y una vez elaborados ha querido imponerlos a la realidad, y las más de las veces los mismos no han resultados sino vacías entelequias que se han desfondado en cuanto se pretendía su más mínima aplicación.”¹⁰

La imposición del nombre no es una tarea estéril, árida ni mecánica. Tampoco empieza con la ley, sino, a la inversa, con los hechos que se perciben jurídicamente y que interpelan al derecho.

En ese proceso de conocimiento jurídico del nombre, que revela la esencia de la especie jurídica, es un proceso que tampoco es ajeno a la interacción de los principios que permiten tener presente la vulnerabilidad relativa de las partes en la calificación. Esto no significa una alteración de la ley por equidad, sino

⁷ Di Pietro Alfredo, *Verbum Iuris*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968

⁸ Di Pietro, *Verbum Iuris*, cit., p. 7.

⁹ Di Pietro, *Verbum Iuris*, cit., p. 24

¹⁰ Di Pietro, *Verbum Iuris*, cit., p. 86

meramente una ampliación del espectro de los elementos relevantes a tener en cuenta para realizar la calificación. Por ej. En el caso de John, nuestro keniaita, como pudimos ver más arriba, el eje de la calificación jurídica puede rotar de la calificación respecto de la naturaleza gratuita u onerosa del contrato de comodato, a la posibilidad de inexistencia del contrato o abuso de la ligereza o inexperiencia, u otros factores, que pudieran adquirir protagonismo.

9. Las cuatro funciones de la perspectiva de vulnerabilidad

Acabamos de ver cuál es el espectro de intervención de la perspectiva de vulnerabilidad en la inteligencia jurídica de la realidad y en la calificación. Ahora corresponde interrogarse acerca de sus funciones, es decir, de las diversas modalidades en las que opera. Algo ya se insinuó al analizar la percepción jurídica y la imposición del nombre. Sometemos a consideración cinco funciones de la perspectiva de vulnerabilidad, que, indudablemente son las que se advierten aquí, podría haber otras. Aquí van:

- #1 – En la percepción de la especie jurídica: Función sensibilizante o empática que permite una mejor captación de la especie jurídica a través de la empatía.
- # 2 – En la calificación jurídica o imposición del nombre jurídico: Función de esclarecimiento: porque en esa instancia, el proceso perfeccionado por una percepción jurídica empática y abierta, permite también interrogar instituciones diversas y también encontrar la más adecuada a la luz de la perspectiva de vulnerabilidad.
- # 3 – En la interpretación de la norma: Función hermenéutica: cuando la norma tiene dos o más interpretaciones distintas, se aplica el principio de favor al sujeto vulnerable.
- # 4 – En la aplicación de la norma: Función integrativa, correctiva o de control convencional: Esta aplicación es excepcional y va en una gama de grises, desde la función integrativa de los Arts. 1 y 2 CCCN, excepcionalmente, la corrección de la norma por equidad de acuerdo a los criterios enunciados a continuación, y, finalmente, en casos graves y muy excepcionales, la declaración de inconstitucionalidad o anticonvencionalidad.
- # 5 – En el abordaje, intervención y seguimiento: Función creativa. la perspectiva de vulnerabilidad permite pensar las alternativas de resiliencia, pues, como señaló lúcidamente el Juez africano Albie Sachs, líder en la lucha contra el apartheid, el lugar en dónde está la herida es

lugar de la resiliencia¹¹. Percibir la vulnerabilidad me permite ver también las alternativas contextuales de resiliencia en la intervención.

En todos los casos, las distintas funciones que operan en las distintas instancias de la intervención judicial revelan la poética de la vulnerabilidad y la creatividad que tengo yo a la hora de intervenir.

10. Los criterios específicos para la corrección de la norma positiva por aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad.

Quizás la función más temible, la que más reparos pueda despertar, es la función normativa rectificadora, que a veces surge de una interpretación distorsionada de los Arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial o de una cierta corriente cultural que ha entendido el control difuso de convencionalidad de una manera excesivamente amplia, de tal suerte que acaba por desdibujar la obligación del juez de aplicar la ley vigente y sólo por motivos graves y fundados, apartarse de ella.

El problema más grave es que en la medida en que haya una vara laxa para el control de convencionalidad¹², se debilita el sistema republicano de gobierno. El control de convencionalidad ya viene hecho por el legislador al formular la norma. Al desentenderse de esta estructura republicana de división de poderes, el juez acaba formulando una alternativa a la decisión legislativa basada, no en la generalidad de los casos (como sucede con el legislador) sino, en el caso concreto. Es verdad que la proyección del fallo se refiere al caso concreto y a todos aquellos casos de plataforma fáctica semejante, pero tiene un impacto social enorme de debilitamiento de la validez de la norma.

Por otro lado, las normas son el reaseguro máximo de las personas vulnerables. El ámbito de anomia es el que más favorece a la parte fuerte, la norma es el resguardo de la parte débil. Cuando no hay un sistema normativo estable que dé seguridad jurídica, sino que el consecuente jurídico depende de la arbitrariedad del juez, el sistema se debilita en su conjunto, en beneficio de los más fuertes, y en detrimento de los más vulnerables. Puede aparecer en el caso concreto que un

¹¹ Así lo manifestó en un reciente congreso que tuvo lugar en la Ciudad de Mendoza en 2024.

¹² Sobre la convencionalización del derecho privado, hemos escrito en Basset, Ursula C., “El efecto horizontal de las normas convencionales en el derecho argentino”, en Basset, Ursula C. Alfonso, Santiago (dir). Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, T. I, p. 257 y ss.

control de convencionalidad laxo favorece a la parte débil, pero sistémicamente, esa forma de concebirlo, será invariablemente perjudicial para la parte más débil.

En este sentido, en otro lugar hemos desarrollado ya cuáles serían los parámetros óptimos de corrección de la ley por equidad. En primer lugar debería tenerse presente que el control de convencionalidad sólo debería ocurrir en forma excepcional y ante circunstancias excepcionales, pues en línea general el juez está obligado por la ley positiva.

En este sentido, habíamos señalado que:

- 1. No cabe la derogación de la ley, sino su cumplimiento pleno. La perspectiva de vulnerabilidad no puede hacerse en forma derogatoria de la ley, sino con alineamiento a su sentido y sus fines. P. ej. si una norma procesal establece un plazo determinado, y la persona, en virtud de su especial vulnerabilidad no pudo cumplirlo, y esta condición surge comprobada en los autos, es posible una prórroga proporcional, razonable y excepcional.
- 2. Requiere evidencia fáctica: La aplicación rectificadora de la perspectiva de vulnerabilidad sólo puede operar si de la evidencia fáctica surge una situación de daño o riesgo de daño respecto de un sujeto o un grupo de sujetos. Debe encontrar constancias fácticas respecto de las que debe argumentar, para poder aplicar la función correctiva.
- 3. Es excepcional. La aplicación rectificadora de la perspectiva de vulnerabilidad sólo puede operar si de la evidencia fáctica surge una situación de daño o riesgo de daño respecto de un sujeto o un grupo de sujetos. Debe encontrar constancias fácticas respecto de las que debe argumentar, para poder aplicar la función correctiva.
- 4. Contrariedad al fin de la norma. Si la norma se aplica tal y como está enunciada al caso concreto, el resultado sería contrario al fin perseguido por el legislador. El impacto desproporcionado que provoca la norma en el grupo o sujetos vulnerables claramente no sea la finalidad buscada por el legislador. El caso no pudo haber sido previsto, por su excepcionalidad, en la ley general.
- 5. Que, por su excepcionalidad, la ley provoque un impacto desproporcionado de envergadura en ese grupo o sujetos vulnerables, es decir, que la solución, de aplicarse la ley, sea injusta.

Cabría, pues, hablar de un recurso abusivo de la perspectiva de vulnerabilidad cuando esta es derogatoria de la norma y no se dan estos presupuestos. El uso abusivo de la perspectiva de vulnerabilidad (también podría darse con otras

perspectivas) es deletéreo para la salud del sistema, pues crea nichos de arbitrariedad e inseguridad jurídica precisamente para las personas más vulnerables.

Claves de la vulnerabilidad humana

Jorge Nicolás Lafferriere¹

1. Introducción

En el marco de las XVI Jornadas de Derecho Judicial sobre “Vulnerabilidad, Justicia y Derecho. Nuevos desafíos” me han pedido el dictado de esta Conferencia sobre las claves de la vulnerabilidad humana. Agradezco a los organizadores la invitación, que me honra, y me propongo compartir con ustedes algunas reflexiones sobre la vulnerabilidad en el derecho argentino, con foco particular en el derecho civil.

La exposición se estructura en tres apartados. El primero se centra en aspectos teóricos vinculados con la vulnerabilidad y que ofrecen un marco para las dos partes siguientes. El segundo, ofrece una sistematización de los usos del término “vulnerabilidad” en el derecho positivo argentino, distinguiendo según las menciones a este término se produzcan en la legislación o en otras fuentes de derecho. En la última parte, procuraré otra sistematización, en este caso de algunas de las

¹ Profesor Titular Ordinario, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina; Profesor Regular Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación sobre “Vulnerabilidad patrimonial y personal. Retos jurídicos” de la Universidad de Zaragoza, aprobado por Ministerio de Ciencia e Innovación de España, nro. PID2019-105489RB-I00, junio 2020 a mayo 2024, dirigido por María Victoria Mayor del Hoyo y Sofía Salas Murillo y del proyecto IUS “El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal” (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina).

respuestas jurídicas que ofrece el derecho civil ante esa vulnerabilidad. Al final, ofreceré algunas reflexiones a modo de recapitulación de lo expuesto.

2. La vulnerabilidad y sus claves teóricas

Vulnerable es la persona que puede ser herida, afectada física o moralmente². Así, sobre todo a partir del trabajo de Martha Fineman, se han expandido los estudios sobre la vulnerabilidad, surgiendo una perspectiva que se alega presenta una triple ventaja: “a) un nuevo vector de análisis de la igualdad; b) una nueva forma de empatía con los que más sufren; y c) una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo”³.

Conte Grand enfatiza el concepto relacional de la v. como superación del individualismo y a partir de tres presupuestos: el derecho como relación justa, la idea de igualdad y la relación entre el todo y las partes⁴. Coincide Basset, para quien “la vulnerabilidad reinscribe al

² Fulchiron, Hughes, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en BASSET y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 3.

³ Basset, Ursula, “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Basset y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 20.

⁴ Conte Grand, Julio, “Los derechos humanos de la persona mayor: entre individualismo y relacionalidad. Hacia un concepto relacional de la vulnerabilidad”, en Basset y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 15-18.

individuo en un contexto relacional. Es así que la categoría jurídica de la vulnerabilidad logra una dimensión de humanidad formidable: a partir de la empatía con otro, es posible fortalecerlo y acompañarlo, corregir su posición relativa en las relaciones sociales. La matriz individual y subjetiva de los derechos humanos se reinscribe en la naturaleza social y relacional del hombre”⁵.

La vulnerabilidad es un concepto englobante que comprende a varias situaciones, ya sea estables como transitorias. En su perspectiva jurídica, es un concepto que reclama tanto medidas de acción positivas como medidas hermenéuticas⁶. En tal sentido, bajo esta perspectiva de la vulnerabilidad se impulsan acciones para promover y garantizar derechos, en una multiplicidad de ámbitos, que van desde los temas carcelarios, hasta la protección contra la violencia, pasando por prevenir la discriminación, y favorecer el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y políticos.

Al revisar la literatura, podemos encontrar una variedad de clasificaciones de la vulnerabilidad:

- Se distingue la v. según corresponda a situaciones estables o situaciones transitorias (Basset)
- O a situaciones homogéneas y situaciones heterogéneas (Fulchiron)

⁵ Basset, Ursula, “Presentación de la obra”, en Basset y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. XLVII.

⁶ Basset, Ursula, “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Basset y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 29.

- V. derivada de una condición personal (mujeres, discapacidad, etc.) o de una situación específica (migrantes indocumentados, personas detenidas, etc.)
- V. estructural (consumidores) y v. coyuntural o dinámica
- V. agravada o hipervulnerables y v. “simple”
- V. social, v. económica, v. ante situaciones especiales (violencia, consumos problemáticos)
- V. de la persona y v. de la comunidad o sociedad

Como dice Fulchiron, “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 ellas mismas son diversas, como lo es el caso de las personas de edad avanzada o debilitadas por su enfermedad), o un estatuto completo y coherente (p. ej. cuando la situación está claramente identificada así como las necesidades que dicho estatuto comporta: como el caso de la mujer encinta o el niño)”⁷.

“En el marco de principios y valores fundamentales, sobre todo el de dignidad de la persona humana desde la concepción hasta la muerte natural, los ordenamientos jurídicos positivos implementan medidas para prevenir o paliar la v. entendida como una situación de desigualdad funcional (no esencial)” (Conte Grand)

⁷ Fulchiron, Hughes, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables”, en Basset y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 4-5.

“Lo cierto es que la palabra "vulnerabilidad" conserva una cierta ambigüedad, y es eso sin lugar a dudas lo que contribuye a su éxito, como tantos otros conceptos vagos o abiertos en vías de "cristalización" jurídica” (Fulchiron).

3. Menciones a la vulnerabilidad en el Derecho argentino

3.1. La vulnerabilidad en las leyes nacionales

En este marco, en 2022 y como parte de una investigación para un proyecto de la Universidad de Zaragoza, realicé una búsqueda en uno de los sitios oficiales de divulgación de la legislación argentina en internet denominado “Infoleg” (infoleg.gob.ar) para identificar las leyes que mencionan la palabra “vulnerabilidad”, “vulnerable” o “vulnerables” y que la utilizan para referirse a una situación propia de las personas humanas⁸. A partir de la recopilación de estas menciones explícitas a la vulnerabilidad, puede advertirse ante todo una disparidad de criterios sobre cuándo y cómo se califica a una persona como “vulnerable”. Sin embargo, entiendo que pueden sistematizarse estos usos en tres grandes tipos:

⁸ En este apartado se reproduce literalmente un texto anteriormente publicado en Lafferriere, Jorge Nicolás, “Concepto y alcances de la vulnerabilidad patrimonial en el ordenamiento jurídico argentino”. Mayor del Hoyo, M.V. y de Salas Murillo, S. (Directoras). *Vulnerabilidad patrimonial: retos jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, p. 75-94. ISBN: 9788411248426.

a) En un primer grupo de leyes, se explicita a la vulnerabilidad como nota característica de un grupo. Así sucede, por ejemplo, en las siguientes leyes:

1. Ley N.º 27.197 (B.O. 17-11-2015) de lucha contra el sedentarismo donde se señala como deber de la autoridad de aplicación “Monitorear los niveles de actividad física y aptitud física en la población, con énfasis en grupos vulnerables como niños, adolescentes, personas mayores y personas con discapacidad” (art. 5).

2. Ley N.º 27.372 (B.O. 13-7-2017) de Derechos y Garantías de las personas víctimas de delitos, que dispone en su artículo 4.º que las autoridades deberán seguir un “enfoque diferencial”, lo que significa que “las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas”. Según el art. 6 de esta ley, “se presumirá situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos: a) Si la víctima fuere menor de edad o mayor de setenta (70) años, o se tratare de una persona con discapacidad. b) Si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito”.

3. Ley N.º 27.636 (B.O. 8-7-2021) de promoción del acceso al empleo formal de personas travestis, transexuales y transgénero, se refiere a “la particular situación de vulnerabilidad de este colectivo” (art. 8).

4. Ley N.º 27.654 (B.O. 24-12-2021) sobre personas en situación de calle y familias sin techo, se refiere a “la situación de calle

y el riesgo a la situación de calle son estados de vulnerabilidad social extrema que implican una grave restricción para el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos” (art. 5).

b) En un segundo grupo de leyes, la vulnerabilidad se predica de algunas personas dentro de un colectivo más amplio. En general, podríamos suponer que también ese colectivo más amplio es, de alguna manera vulnerable, pues es merecedor de una protección especial. Pero no hay una explícita mención a la vulnerabilidad del colectivo en cuanto tal. En este grupo de leyes podemos mencionar:

1. Ley N.º 27.360 (B.O. 31-5-2017) que aprueba la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores. En principio, no encontramos una afirmación genérica que se refiera a la persona mayor como “vulnerable por sí”. De hecho, entre las definiciones del artículo 2 encontramos que se entiende por “envejecimiento” el “proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio” y se promueve el “envejecimiento activo y saludable” (“Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones”. La expresión vulnerabilidad se refiere a un cierto grupo de

“personas mayores”. Así aparece en el artículo 5, referido a la igualdad y no discriminación por razones de edad: “Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple”. Por su parte, en el art. 20 se refiere a programas educativos dirigidos a las personas mayores, “en especial a los grupos en situación de vulnerabilidad” (inciso a) y también se habla del deber de “diseñar e implementar políticas activas para erradicar el analfabetismo de la persona mayor y, en especial, de las mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad”. En el art. 23 se establece el compromiso de los Estados de “adoptar medidas para eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad”. Y lo mismo se dispone en el art. 24 sobre el “derecho a la vivienda”, “reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad”. Ahora bien, las personas mayores reciben un tratamiento diferenciado en la Constitución Nacional y han merecido una Convención específica para la protección de sus derechos y ello hace pensar que, detrás de esa especial protección, subyace una situación de vulnerabilidad de ese grupo.

2. Ley N.º 24.632 (B.O. 9-4-1996) que aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. En el capítulo III sobre deberes de los Estados, el artículo 9 señala que “para la adopción de las medidas a que

se refiere este capítulo, los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de emigrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

3. Ley N.º 25.763 (B.O. 25-8-2003) que aprueba el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Se refiere a los niños como “especialmente vulnerables” al turismo sexual (Preámbulo y art. 9), aunque luego reconoce la vulnerabilidad de los “niños víctimas” (art. 8). En el art. 10 se señala a la pobreza y el subdesarrollo como factores que “contribuyen a la vulnerabilidad de los niños a las prácticas de ventas de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o en el turismo sexual”.

4. Ley N.º 25.583 (B.O. 7-5-2002) sobre actividades formales y no formales vinculadas con planes sociales para asistir a niños menores de 5 años para que se incorporen a jardines maternos, “fundamentalmente en las áreas de alta vulnerabilidad social” (art. 2).

5. Ley N.º 27.611 (B.O. 15-1-2021) de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia, cuyo capítulo V se titula “Derecho a la protección en situaciones específicas de vulnerabilidad” y se refiere a niños y niñas con necesidad de cuidados especiales en sus primeros años (art. 22), a personas que

cursen embarazos de alto riesgo (art. 23), a las mujeres embarazadas que sufren violencia (art. 24), y a las niñas y adolescentes embarazadas (art. 26).

6. Ley N.º 26.202 (B.O. 17-1-2007) que aprueba una Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. En el Preámbulo se señala la situación de “vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios”.

c) En otras leyes, la vulnerabilidad aparece como una situación de tipo genérica, sin connotación especial y sin realizar una especificación que permita identificar al grupo de personas que se quiere proteger. Así ocurre en los siguientes casos:

1. Ley N.º 25.989 (B.O. 6-1-2005) que crea un régimen Especial para la Donación de Alimentos en Buen Estado a favor “de la población económicamente más vulnerable” (art. 1).

2. Ley N.º 25.997 (B.O. 7-1-2005) Nacional de Turismo, que se refiere al deber de la autoridad de aplicación de elaborar un “Plan de Turismo Social y promover la prestación de servicios accesibles a la población privilegiando a los sectores vulnerables, mediante la operación de las unidades turísticas de su dependencia y ejerciendo el control de gestión y calidad de los servicios” (art. 39).

3. Ley N.º 26.165 (B.O. 1-12-2006) de reconocimiento y protección al refugiado. Se habla de los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a “grupos vulnerables” (art. 53), aunque por el contexto se refiere a personas menores de edad. También se pone la “vulnerabilidad” entre factores como “raza, origen étnico, religión y sexo” (art. 33) para referirse al deber de las organizaciones de colaborar

desinteresadamente con las poblaciones con independencia de esos factores.

4. Ley N.º 26.396 (B.O. 3-9-2008) de prevención y control de trastornos alimenticios. El art. 6 señala que se deben capacitar a los educadores, trabajadores sociales y de la salud para “detectar adecuadamente las situaciones de vulnerabilidad”.

5. Ley N.º 26.522 (B.O. 10-10-2009) de regulación de los servicios de comunicación audiovisual. En el art. 49 se refiere a “sitios de alta vulnerabilidad social”.

6. Ley N.º 26.759 (B.O. 30-8-2012) de Cooperadoras escolares, que refiere a que deben “colaborar en la integración e inclusión de sectores de la comunidad que se encuentren en situación de vulnerabilidad educativa” (art. 7).

7. Ley N.º 26.842 (B.O. 27-12-2012) que modifica el Código Penal y agrava penas de delitos en casos de mediar “abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad” (arts. 126, 127 y 145 ter del Código Penal).

8. Ley N.º 26.934 (B.O. 29-5-2014) de creación del Plan Integral para el abordaje de consumos problemáticos. Se refiere en el art. 5 a los sectores con “mayores niveles de vulnerabilidad”. También indica que los Centros de Prevención debe promover la integración de “personas vulnerables a los consumos problemáticos en eventos sociales” (art. 7 inciso b). El art. 15 refiere a “los sujetos que hayan tenido consumos problemáticos se encuentren en una situación de vulnerabilidad social que atente contra el pleno desarrollo de sus capacidades y de la realización de sus actividades”.

9. Ley N.º 26.970 (B.O. 10-9-2014) establece un régimen de regularización para ciertos trabajadores autónomos que no pueden acceder a otros regímenes de regularización vigentes y se señala que “la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), en forma previa a determinar el derecho a una prestación previsional, realizará evaluaciones patrimoniales o socioeconómicas sobre la base de criterios objetivos que determine la reglamentación, a fin de asegurar el acceso al régimen de las personas que presenten mayor vulnerabilidad” (art. 3).

10. En el Código Civil y Comercial (Ley 26994, B.O. 8-10-2014), la mención a la vulnerabilidad aparece en el art. 706 sobre los principios generales aplicables a los procesos de familia, en que se dispone que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos” (inciso a).

11. Ley N.º 27.287 (B.O. 20-10-2016) que crea el Sistema Nacional para la gestión integral del riesgo y la protección civil. Aquí la terminología vulnerable se refiere a la comunidad como tal, según surge del art. 2 que define “Vulnerabilidad” como el “Factor interno de una comunidad o sistema. Características de la sociedad acorde a su contexto que la hacen susceptibles de sufrir un daño o pérdida grave en caso de que se concrete una amenaza”.

12. Ley N.º 27.551 (B.O. 30-6-2020) de alquileres, que reformó el Código Civil y Comercial, se crea el Programa Nacional de Alquiler social y se señala que la autoridad debe “f) Adoptar cualquier otra medida en su carácter de organismo rector que tenga por objeto

facilitar el acceso a una vivienda digna en alquiler para todas aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad” (art. 19).

La recopilación de menciones a la vulnerabilidad que he realizado permite advertir la variedad de criterios y alcances con los que se utiliza el término en relación con las personas humanas. Resulta difícil sistematizar con precisión los alcances de las categorías de personas a las que se ubica entre quienes son “vulnerables”. Podemos advertir la distinción que propone Úrsula Basset, entre las situaciones estables de vulnerabilidad y las situaciones transitorias⁹, aunque los criterios que emanan de esta enunciación legislativa no parecen claros. En este marco, luego de recorrer otras fuentes del derecho relevantes, intentaremos en la sección 3 de este trabajo una delimitación conceptual de lo que puede entenderse como vulnerabilidad patrimonial.

3.2. La vulnerabilidad en otras fuentes del Derecho

Entre las menciones a la vulnerabilidad en otras fuentes del derecho, a través la Acordada Nro. 5/2009 del 24 de febrero de 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina adhirió a las denominadas “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, que habían sido aprobadas los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia. Se trata de 100

⁹ Basset, Úrsula, “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en BASSET y otros, *Tratado de la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 37.

reglas agrupadas en cuatro capítulos. En el primero encontramos la finalidad del documento y los beneficiarios de las Reglas. Así, se brinda el siguiente concepto de las personas en situación de vulnerabilidad: “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” (Capítulo I, Sección 2.^a, 1.3). Según las reglas, “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 características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico” (Capítulo I, Sección 2.^a, 1.4). Los destinatarios son los actores del sistema de justicia. El capítulo II está dedicado al tema del efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, el capítulo III a la celebración de actos judiciales y el capítulo IV a la eficacia de las reglas.

Las “Reglas de Brasilia” han tenido un notable impacto en Argentina y son a menudo invocadas por los tribunales nacionales. En tal sentido, se advierte una convergencia entre estas Reglas y la tendencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a incorporar la noción de vulnerabilidad como criterio de protección de ciertas personas. En tal sentido, García Ramírez afirma que “existen factores de hecho –y también, en su hora y circunstancia, de derecho–

que plantean obstáculos de mayor o menor entidad para el verdadero disfrute de esos derechos. Ello obliga a establecer, a título de matiz o complemento del principio de igualdad –o factor para el efectivo imperio de éste–, un principio de signo característico: principio de “especificidad”, que opera como factor de igualación de los titulares de derechos, naturalmente desiguales, a través de distintos medios acogidos por el orden nacional e internacional en calidad de protecciones especiales”¹⁰.

Por su parte, también debe mencionarse la Resolución 36/2019 del Grupo Mercado Común del Mercosur aprobada el 15 de julio de 2019, que sienta los principios fundamentales en materia de defensa del consumidor y establece en su artículo 1.º que “se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado”. Esta Resolución fue incorporada al ordenamiento jurídico argentino y publicada como Anexo de la Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (B.O. 11/09/2020). En la próxima sección analizaremos sus disposiciones.

¹⁰ García Ramírez, Sergio, “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia ‘transformadora’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 41, julio-diciembre 2019, p. 8. Sobre el tema ver Estupiñan-Silva, Rosmerlin. “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, en Burgogue-Larsen, Maués y Sánchez Mojica (coordinadores), *Manual de derechos humanos y políticas públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2014, p. 193-231 disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39781.pdf>.

4. Los remedios jurídicos ante la vulnerabilidad patrimonial

En este apartado, luego de este sintético recorrido por la forma en que el derecho argentino conceptualiza la vulnerabilidad, procuraré estudiar los alcances jurídicos de la protección que se reconoce en atención a tal vulnerabilidad. Por mi especialidad, me concentraré en las proyecciones que el tema presenta en el derecho civil y comercial.

En un plano teórico, podemos clasificar los remedios ante la vulnerabilidad de la siguiente forma:

- Remedios vinculados con las políticas públicas y remedios judiciales
- Remedios preventivos y remedios paliativos
- Remedios según las distintas ramas del derecho

En esta presentación, me concentraré en otra distinción: los remedios reglados con precisión por el legislador y los remedios más abiertos, que dejan amplio margen de discrecionalidad al intérprete. Lógicamente, me limitaré a enunciarlos para ofrecer un panorama de la situación.

Dentro de los remedios reglados, ubico a los siguientes:

- La v. como agravante de delitos (ley 26842)
- Remedios vinculados con la ineficacia civil (nulidad; cláusulas abusivas) (CCC)
- Normas vinculadas con los bienes inejecutables de los deudores (art. 744 CCC; protección de la vivienda art. 244 CCC).

- Protección desde la responsabilidad civil y la regulación de los contratos (CCC y Ley 24240)

Dentro de los remedios “abiertos”, quisiera mencionar solo algunos:

- Normas sobre trato dirigidas a los proveedores en el contexto del d. del consumidor
- Políticas públicas para la protección de los consumidores
- Disposiciones sobre aspectos procedimentales (art. 706 CCC)
- Monitorear niveles de actividad física de la población para luchar contra el sedentarismo de grupos vulnerables (ley 27197)
- Enfoque “diferencial” para ayuda a las víctimas de delitos en caso de v. (Ley 27372)
- No discriminación (CIPDHPM)
- Medidas para acceso a vivienda digna (Ley 27551)

5. Reflexiones finales

Recapitulando los desarrollos anteriores, podemos sintetizar algunos hallazgos de esta investigación en los siguientes puntos:

a) Las menciones a la vulnerabilidad en la legislación argentina se refieren a la vulnerabilidad: i) como característica de un grupo; ii) como nota de ciertas personas dentro de un colectivo más amplio; iii) como situación genérica sin mayores precisiones.

b) Existen remedios jurídicos frente a la v. que están reglados con precisión y otros que presentan contornos abiertos.

c) En el caso de los remedios “abiertos”, Basset formula precisiones sobre cómo aplicar la función rectificadora de la norma para aplicar la perspectiva de v.

-Aplicar la perspectiva de v. sin derogar la ley sino en forma alineada a su sentido y fin.

-Debe existir evidencia fáctica de una situación de daño o riesgo sobre una persona o grupo

-Debe ser siempre excepcional y requiere justificación calificada

d) Desde institutos como “acceso a la justicia”, “medidas preventivas”, “acciones de protección diferenciada” y “ajustes razonables”, se abre la posibilidad de avanzar sobre aspectos más sustantivos y ello debe hacerse con respeto a la norma y competencias propias.

e) En algunos casos, la v. puede entrar en conflicto con otros principios como el de autonomía y dar lugar a situaciones paradójicas (ej: la hipervulnerabilidad de los adolescentes ha dado lugar a una normativa que enfatiza su “autonomía” para iniciar acciones y llegar a acuerdos conciliatorios en materia de consumo - Res. 236-2021).

Vulnerabilidad y vejez en el derecho judicial argentino¹

María Isolina Dabove²

INTRODUCCIÓN

Vivimos en una época histórica signada por un sostenido envejecimiento poblacional. También, a causa de la naturalizada percepción de la vejez como una etapa de la vida en la cual los seres humanos nos volvemos irremediabilmente vulnerables y descartables. Sin embargo, en este tiempo pospandémico se torna necesario preguntar nos si efectivamente somos todos vulnerables al envejecer y cuáles son las respuestas jurídicas sostenidas al respecto, sobre todo en la esfera judicial.

Como hipótesis de partida sostengo que las personas mayores no son –ni esencialmente, ni siempre– vulnerables. Antes bien, resultan presas de un paradójico proceso jurídico de “desigualdad sobreviniente por el acceso a la edad de la vejez”. Así, al mismo tiempo que el derecho desarrolla dispositivos tuitivos de asistencia, genera también mecanismos de angostamiento de oportunidades, recursos, derechos y libertades para las mismas personas mayores, colocándolas en clara situación de desventaja social.

¹ Síntesis de la investigación efectuada por la autora y publicada en: Dabove, M. “¿Somos todos vulnerables en la vejez? Aportes de la teoría del derecho para la toma de decisiones judiciales”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 59, mayo-agosto de 2024, 3-34. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n59.01>.

² Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7577-3812> Datos disponibles en: https://www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?id=32078&datos_academicos=yes.

Contacto: isolinadabove@gmail.com.

1. ¿QUÉ ES LA VULNERABILIDAD?

La noción de *vulnerabilidad* ha sido introducida en el mundo jurídico por dos vías principales. La primera apareció con la implementación de sistemas de defensa frente a desastres naturales, guerras o situaciones de emergencias humanitarias o riesgos³. La segunda se generó gracias al desarrollo de la biotecnología, la inteligencia artificial y la bioética, en expansión hacia el Bioderecho⁴. Ambas tuvieron un fuerte impulso en los inicios de Naciones Unidas, y adquirieron alcance masivo por la globalización productiva. También incidieron en la gran notoriedad que este concepto alcanzó en el campo de los derechos de los consumidores, dando lugar a la categoría de los “hipervulnerables”⁵.

³ Sánchez-González, D. y Egea-Jiménez, C. “Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales: su aplicación en el estudio de los adultos mayores”, en *Papeles de población*, 2011, vol. 17, n.º 69, 151-185. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252011000300006&lng=es&tlng=es; Sandoval Díaz, J. “Vulnerabilidad-resiliencia ante el proceso de riesgo-desastre: un análisis desde la ecología política”, *Polis* [en línea], 2020, n.º 56. Disponible en <http://journals.openedition.org/polis/19313>; Vargas, J.E. *Políticas públicas para la reducción de la vulnerabilidad frente a los desastres naturales y socio-naturales*, Santiago de Chile: Cepal, 2002, 15-22.

⁴ “Las personas no sólo están amenazadas por riesgos naturales (derivados o no del cambio climático), también lo están por conflictos internacionales o nacionales (guerra contra el terrorismo), crisis económica (González, 2009), cambios en el mercado laboral y probable pérdida de empleo, disminución de ingresos y de consumo, problemas de vivienda y acceso a la misma, pérdida de cobertura social y asistencial (Aneas, 2000; Cepal, 2002), procesos de renovación urbana, pertenencia a grupos minoritarios, maternidades tempranas, cambios en la estructura familiar, avance de la edad, cambios de residencia, procesos migratorios, etcétera”. Véase Sánchez-González, D. y Egea-Jiménez, C. “Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales: su aplicación en el estudio de los adultos mayores”, cit., 154.

⁵ “La norma tiene en cuenta también la protección de los hipervulnerables. Muchos adultos mayores, personas con discapacidad, analfabetos digitales o personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica o geográfica no saben o tienen dificultades cognoscitivas para operar dispositivos electrónicos o no tienen acceso a internet. Por esa razón, el

Pero ¿qué es la vulnerabilidad? ¿Cómo definirla, ya que se trata de una noción multívoca, que abarca diferentes significados aplicables a ámbitos también diversos entre sí?

Etimológicamente, la vulnerabilidad alude al riesgo de ser heridos o de recibir una lesión, física o moral, o de ser afectados por algún imprevisto⁶. Desde el punto de vista filosófico, el término denota la fragilidad y las limitaciones propias de nuestra condición humana. Da sustento al deber ético de no dañar a los demás, y funda la obligación moral de erradicar las llamadas “leyes del odio”. Es decir, exige trabajar para erradicar las prácticas, normativas y valoraciones que alimentan los discursos del odio y atentan contra la libertad de expresión⁷.

Asimismo, existe un amplio desarrollo bioético que define a la vulnerabilidad de manera taxonómica⁸. Frente a lo cual Florencia Luna ha señalado con fundamento que es más claro y útil comprenderla desde

derecho del consumidor tiene en cuenta estas vulnerabilidades como el prisma a partir del cual perfilar el ordenamiento jurídico y las políticas públicas de protección al consumidor”. Véase Krieger, W.F. y Jalil, J.E. *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Buenos Aires: Astrea, 2021, 340 y 341.

⁶ “Vulnerabilidad-vulnerable”, véase Real Academia Española. *Diccionario*, ed. del Tricentenario, 2021. Disponible en <https://dle.rae.es/vulnerabilidad>; Feito, L. *Vulnerabilidad. Anuario Sistema Sanitario de Navarra*, 2007, n.º 30, supl. 3, 7-22.

⁷ Nussbaum, M.C. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, trad. G. Zadumaisky. Buenos Aires: Katz, 2006, 33-385; Sáenz, M. J. “Derecho y literatura: el proyecto de Martha Nussbaum”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 42, 2019, 361-387; Cortés Rodas, F. *Justicia y exclusión*. Bogotá: Siglo del Hombre, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, 2007, 21-42; Cueva Fernández, R. “El «discurso del odio» y su prohibición”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2012, 437-455; Guibourg, R.A (dir.). *Las leyes del odio*. Buenos Aires: Astrea, 2021, 193-216.

⁸ Una interesante síntesis de estas perspectivas puede encontrarse en Luna, F. “Identifying and evaluating layers of vulnerability – a way forward”, *Journal Developing World Bioethics*, 2019, vol. 19, n.º 2, 86-95. doi: 10.1111/dewb.12206; Luna, F. “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, *Jurisprudencia Argentina*, iv, n.º especial de Bioética, 2008, 60-67; Meek Lange, M., Rogers, W. and Dodds, S. *Vulnerability in Research Ethics: a Way Forward*. En *Bioethics*, Hoboken, Wiley 2013, vol. 27, n.º 6, 333-340, doi: <https://doi.org/10.1111/bioe.12032>.

la metáfora de las “capas”, ya que los factores que la causan son múltiples y operan de manera concurrente y entramada⁹.

Por último, la vulnerabilidad adquirió un sentido político al ser asociada a las condiciones de vida, oportunidades y recursos desfavorables (ambientales, sociales, económicas, culturales o de otro tipo) que generan situaciones de discriminación. “De ahí que se hable de poblaciones vulnerables para referirse a aquellos grupos de personas que, a consecuencia de las condiciones desventajosas que el medio les impone, están en una situación de mayor susceptibilidad al daño”¹⁰.

El mundo jurídico ha utilizado estos sentidos de vulnerabilidad –el etimológico, el filosófico, el bioético y el político– para generar herramientas de protección a personas en situación de fragilidad. Así, el derecho previsional fue la primera respuesta frente a la toma de conciencia de estas vulnerabilidades. Y, en la actualidad, lo hace el derecho de la vejez, de una manera más amplia e integral. Sin embargo, estos campos deben crecer aún mucho más con el fin de responder a los nuevos requerimientos y demandas de justicia de las personas mayores.

Recordemos que en el siglo xix el derecho previsional surge con el propósito de protegernos frente la vejez, a la cual concibe como contingencia, declinar vital o enfermedad, es decir, como etapa vulnerable en sentido etimológico y filosófico¹¹. A comienzos del xx,

⁹ Luna, F. “‘Vulnerability’, an Interesting Concept for Public Health: The Case of Older Persons”, *Public Health Ethics*, vol. 7, Issue 2, July 2014, 180-194. Disponible en <https://doi.org/10.1093/phe/phu012>; Luna, F. y Vanderpoel, S. “Not the usual suspects: addressing layers of vulnerability”, *Bioethics*, Hoboken, Wiley, 2013, vol. 27, n.º 6, 325-332. doi: <https://doi.org/10.1111/bioe.12035>.

¹⁰ Feito, L. *Vulnerabilidad. Anuario Sistema Sanitario de Navarra*, cit., 7 y 8; Sánchez González, D. y Egea-Jiménez, C. “Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales: su aplicación en el estudio de los adultos mayores”, cit., 151-153. Organización de los Estados Americanos (oea). *Carta Social de las Américas*, Cochabamba, AG/ doc.5242/12 rev. 2, 20 septiembre 2012. Disponible en https://www.oas.org/docs/publications/carta_social_de_las_americas.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar.

¹¹ “La vejez es una de las contingencias sociales cubiertas por el sistema de seguridad social. Esta contingencia puede entenderse en dos sentidos diferentes: como sinónimo de ancianidad, es decir, como el último período de la vida ordinaria del hombre, al que se llega después de un largo recorrido vital en que se ha desarrollado una actividad, y, en un segundo sentido, la vejez es sinónimo de senectud o senilidad, entendida como

el derecho y la geriatría lo asociaron con la fragilidad y discapacidad, con enfoques cercanos al sentido bioético de la vulnerabilidad. Pero a partir de 1969 y 1970 Robert Bulter¹² y Simone de Beauvoir¹³, entre otros, demostraron que estas perspectivas expresaban estereotipos y prejuicios que no hacían otra cosa que alimentar los “viejismos” (o discriminación por vejez) y la exclusión social de las personas mayores solo a causa de sus avanzadas edades. Desafortunadamente, la discriminación por vejez todavía no ha podido ser totalmente erradicada en nuestras sociedades. De modo tal que en las relaciones jurídicas que entablan, las personas mayores quedan situadas en una posición doblemente desventajosa, tanto respecto de las condiciones de acceso y de ejercicio de derechos con las que cuentan todas las demás personas como en relación con ellas mismas ya que a partir de cierta edad (70 años o más) se les niegan derechos que hasta ese momento podían ejercer sin dificultades.

En el mundo, el derecho ha ido respondiendo a estos desafíos de manera paulatina, desde que la República Argentina planteó por primera vez en Naciones Unidas la necesidad de aprobar un “Decálogo de los derechos de la ancianidad”, en septiembre de 1948. Recordemos que en ese tiempo la Asamblea General se iba a reunir en París con el fin de comenzar a elaborar los primeros documentos en materia de derechos humanos, de cuyo proceso surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de ese año¹⁴. A partir de entonces, la Argentina sostuvo este pedido hasta que la Asamblea

minusvalía psicosomática producida por la acción del tiempo”: Etala, C. A. *Derecho de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, 2008, 87-185; véase además Gómez Paz, J. B. *et al. Derecho de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, 2019, 233-261; Espin, C. y Toyos, J. “Vejez y Seguridad Social”, *Revista Derecho de Familia*, julio 2020, n° 95, 132-141.

¹² Butler, R. “Age-ism: another form of bigotry”, *The Gerontologist*, 1969, winter, n.º 9 (4), 243-246; Levy, B. R. y Banaji, M. “Implicit ageism”, en Todd, N. (comp.), *Ageism. Stereotyping and Prejudice against Older Persons*. Massachusetts: The Mit Press, 2004, 5-17; Salvarezza, L. *Psicogeriatría: Teoría y clínica*, 2.ª ed., rev. y ampl., Buenos Aires: Paidós Ibérica, 2002, 5-320.

¹³ Beauvoir, S. De. *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, 1.ª ed., Barcelona: Edhasa, 1989.

¹⁴ Dabove, M. I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcances*, cit., 143.

General en 1982 logró aprobar el primer documento específico sobre el tema: el Primer Plan Internacional sobre el Envejecimiento de Viena¹⁵.

Después se desarrollaron otros documentos internacionales relevantes, tales como los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad¹⁶, el Segundo Plan de Acción sobre el Envejecimiento, de Madrid, de 2002¹⁷, la constitución de los Grupos de Trabajo de Composición Abierta (OEWGA) para debatir la posibilidad de lograr una Convención Universal (desde 2010)¹⁸ y la creación y designación de una “Experta Independiente” para auditar estos asuntos, que funciona desde el año 2014¹⁹.

2. RESPUESTAS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

Tal como he venido advirtiendo en anteriores investigaciones, la jurisprudencia argentina ha ido evolucionando lenta pero sostenidamente, en favor de los derechos de las personas mayores²⁰.

¹⁵ Disponible en <https://www.un.org/es/conferences/ageing/vienna1982>.

¹⁶ Documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991 mediante la Resolución 46/9. Disponible en <https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad.html>.

¹⁷ Disponible en <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>.

¹⁸ Disponible en <https://social.un.org/ageing-working-group/>.

¹⁹ Disponible en <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-older-persons>.

²⁰ Dabove, M.I. “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emble máticas”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, enero-junio 2018, 53-85. doi <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.03>; Dabove, M.I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, cit., 216-234; Dabove, M.I. “Autonomy and capacity: about human rights of older persons in dependency situations”, *Ageing international*, Berlín, Springer, vol. 42, n.º 3, 2017, 335-353. doi <https://doi.org/10.1007/s12126-016-9272-4>; Dabove, M.I. y Di Tullio Budassi, R.G. “Derecho de la vejez y salud mental: luces y sombras de la jurisprudencia argentina en torno al nuevo paradigma de la capacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de

Con respecto a la relación entre la vejez y la vulnerabilidad, los fallos registrados y analizados permiten identificar un proceso evolutivo que dio lugar a cuatro etapas principales:

- a. Etapa geriátrica²¹ (1853-1982).
- b. Etapa gerontológica²² (1982-1994).
- c. Etapa política afirmativa²³ (1994-2017).
- d. Etapa jurídica integradora (desde 2017 hasta la actualidad)²⁴.

Rosario, n.º 21, t. i, noviembre 2014, 125-135; Dabove, M.I. “Voluntad, capacidad y derechos fundamentales en la vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento”, Bariffi, F. y Palacios, A. (coord.). *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, 2012, 361-384.

²¹ Carbajo Vélez, M. del C. “La historia de la vejez”, en *Ensayos*, 2008, n.º 18, 237-254. Disponible en [²² Idem](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RdUSzUjq9_EJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3003504.pdf+&cd=14&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar; Fernán dez Ballesteros, R. (dir.). <i>Gerontología Social</i>, Madrid: Pirámide, 2000; Lehr, U. <i>Psicología de la senectud</i>, Barcelona: Herder, 1980, 23; Alba, V. <i>Historia social de la vejez</i>, Barcelona: Laertes, 1992, 9; Garces Ferrer, J. <i>Administración social pública. Bases para el estudio de los servicios sociales</i>, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, 41; Dabove, M. I. <i>Los derechos de los ancianos</i>, cit., 245 a 260.</p></div><div data-bbox=)

²³ Dabove, M. I. *Los derechos de los ancianos*, cit.; Huenchuan Navarro, S. *Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina*, Santiago de Chile, un. eclac; Latin American Demographic Centre. Population Division, 2004. Disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/543674?ln=es>; Huenchuan Navarro, S. (ed.). *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (cepal), 2009. Disponible en https://social.un.org/ageing-working-group/documents/eclac_sp_HR%20and%20public%20policies.pdf; Dabove, M. I. y Padilla, M. del C. *El acceso a la justicia en la vejez, a la luz de las 100 reglas de Brasilia*. En Nogueira, J. M. y Schapiro, H. I. (coord.). *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*, La Plata: Platense, 2012, 141-154.

²⁴ Dabove, M.I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, cit., 36-47 y 153-168.

La *etapa geriátrica*²⁵ (1853-1982) se abre en la Argentina con la entrada en vigor de su Constitución Nacional (1853), la adopción de las primeras leyes previsionales²⁶ (desde 1858 a 1904)²⁷ y la puesta en marcha del Poder Judicial (entre 1853 y 1863)²⁸.

²⁵ *Ibidem*, n° 15.

²⁶ “Resulta interesante destacar que, desde la esclavitud y la plena dependencia del trabajador del amo, pasando por la servidumbre y la relación de dependencia cada vez más se despega la dependencia del trabajador del patrón, interviniendo el Estado en las coberturas de las necesidades sociales, para evitar el conflicto entre los particulares, aunque todavía, en nuestro país, la contingencia de enfermedad, una parte es cubierta por la seguridad social (leyes 23.660 y 23.661, entre otras)”: Salpeter, P. M. *Naturaleza jurídica del derecho de la seguridad social*, Buenos Aires: Astrea, 2020

²⁷ “En 1858 con la instalación del Hotel de Inválidos, que con el tiempo se transformó en Asilo de Ancianos hay una ayuda del Estado hacia mendigos o inválidos, hotel que estuvo en funcionamiento hasta 1978. En 1877 fue promulgada la ley 877 que estableció jubilaciones vitalicias y no contributivas para ministros de la Corte Suprema de la Nación y jueces nacionales, con el requisito de 10 años en el ejercicio del cargo, accedían al goce íntegro de su sueldo en forma vitalicia, no se transmitía a la viuda. La ley 1420 de 1884 conocida como de educación común, otorgaba preceptores y subreceptores una pensión por enfermedad y una pensión por retiro y fijaba una contribución del 2 por ciento del sueldo mensual, para esto debía contar con 10 años de servicios. En el año 1904, con la promulgación de la Ley 4.349, que crea la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para Funcionarios, Empleados, y Agentes Civiles de la Administración, se da inicio a la etapa orgánica de los regímenes previsionales en la República Argentina, esta ley fue sancionada el día 20 de septiembre de 1904, es por ello que en este día se celebra el día del jubilado”. Presa, D. G. *Historia de las jubilaciones en Argentina*. Disponible en <http://estudiopresa.com.ar/historia-de-las-jubilaciones-en-argentina/>; véase además Rodríguez Mancini, J. *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, 2004, 711-745; Gómez Paz, J. B. *et al. Derecho de la seguridad social*, cit.; Martínez Illanes, S. *et al.* “Reseña histórica del sistema previsional argentino”, *Revista la U*, San Juan: Universidad Nacional de San Juan. Disponible en <http://www.revista.unsj.edu.ar/?p=3218>.

²⁸La primera Corte Suprema de Justicia fue creada en 1853 en el marco de la Confederación Argentina, integrada por trece provincias, cuya capital era Paraná (Entre Ríos), pero no logró ser constituida. En 1854, Urquiza, presidente de entonces, creó una Cámara de Justicia provisoria que actuó como tribunal supremo. Con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, el 13 de octubre de 1862 el Congreso Nacional sancionó la Ley 27, organizando el Poder Judicial. La Corte Suprema se puso en marcha en 1863. Información disponible en <https://www.csjn.gov.ar/institucional>; Véase

Durante este período, la vejez es percibida como amenaza o “peste debilitante”²⁹, de acuerdo con los enfoques de la seguridad social de fines del siglo xix y los constitucionalismos sociales, que sostenían visiones geriátricas asistencialistas³⁰. En consecuencia, todos los fallos judiciales de la época asociaban de manera lineal vejez con contingencia, declive, fragilidad, enfermedad, impotencia o discapacidad negativamente interpretada³¹.

En la *etapa gerontológica*³² (1982-1994) la jurisprudencia cambia su enfoque de la vejez ya que comienza a comprenderla dinámicamente, como un proceso que se puede desarrollar de manera normal, o bien, patológica. Esta mirada se acerca al concepto bioético de *vulnerabilidad*.

además: Sierra, V. *Historia de la Argentina*, t. x, 1852-1862, Buenos Aires: Editorial Científica Argentina, 1980, 222-223.

²⁹ “Los viejismos o edadismos aluden a una serie de creencias, normas y valores que justifican la discriminación de las personas según su edad, cuyas consecuencias son comparables a los prejuicios contra las personas de distinto color, raza o religión o contra las mujeres en función de su sexo. Es una alteración de los sentimientos, creencias o comportamientos que se produce en respuesta a la edad cronológica percibida de un individuo o un grupo de personas. En este proceso, los atributos de la persona referida son ignorados y los individuos son etiquetados de acuerdo con estereotipos negativos basados en la afiliación grupal. Un factor determinante de estas creencias e imágenes negativas es la dificultad de aceptar el paso del tiempo”. Dabove, M.I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, cit., 40-47.

³⁰ Hünicken, J. et al. *Manual de derecho de la seguridad social*. Buenos Aires: Astrea, 1989, 1-19 y 43-61; Martínez Illanes, S. et al. *Reseña histórica del sistema previsional argentino*, cit.; Manili, P. L. *Constitucionalismo social*, Buenos Aires: Astrea, 2016, 7-21.

³¹ Los fallos de este período están basados en la asociación de la vejez con la “contingencia o enfermedad”. En todos los países que adhirieron al sistema previsional, se dictaron fallos de este tenor. Son cuantiosos, de modo tal que resulta imposible citarlos en este espacio. Véase Dabove, M. I. *Los derechos de los ancianos*, cit., 25-30 y 275-306.

³² Carbajo Vélez, M. del C. “La historia de la vejez”, cit.; Fernández Ballesteros, R. (dir.). *Gerontología Social*, cit.; Lehr, U. *Psicología de la senectud*, cit., 4; Alba, V. *Historia social de la vejez*, cit.; Garces Ferrer, J. *Administración social pública. Bases para el estudio de los servicios sociales*, cit.; Dabove, M. I. *Los derechos de los ancianos*, cit., 245-260; Granjel, L. S. *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriatría*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1991, 62; Rodríguez Domínguez, S. *La vejez: historia y actualidad*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1989, 28 y 34.

El primer fallo emblemático lo dictó la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires –Sala D–, en 1982. En los autos *F. de G.B., A.C. s/ inhabilitación* del 22 de junio de 1982, se pronunció sobre la necesidad de distinguir la vejez normal de la senil o patológica, para dar lugar a la inhabilitación requerida para la persona en cuestión³³. Con buen criterio, los jueces entendieron que, si bien la vejez trae aparejado un deterioro físico, el anciano puede conservar intactas, y aún enriquecidas por la experiencia, sus facultades mentales. Concretamente, señaló que:

“ni la actitud básica de comprensión –el discernimiento– ni la adquirida razonabilidad de los juicios, ni la posibilidad de exteriorizar las resoluciones mediante su manifestación disminuyen por el solo transcurso de la vida, sin perjuicio de que deterioros de estos tipos se dan frecuentemente en los ancianos”³⁴.

En el derecho argentino, la figura de la “inhabilitación” se incorporó en 1968, con la sanción de la Ley 17.711, que reformó el Código Civil originario (redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, el cual entró en vigor en 1871). Desde sus inicios, este dispositivo constituyó un excelente instrumento de flexibilización del rígido y tradicional sistema judicial de incapacitaciones del viejo Código Civil³⁵, tanto en el alcance como en el proceso de decisión y el funcionamiento de esta figura³⁶. En

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina), Sala D, *F. de G.B., A.C. s/ inhabilitación*, sentencia del 22 de junio de 1982, en *La Ley*, t. 1983-A, 313-316.

³⁴ Méndez Costa, M. J. “Los ancianos en la legislación civil”, en *La Ley*, t. 1983-A, 318.

³⁵ República Argentina. Código Civil (actualmente derogado). “Artículo 54. Tienen incapacidad absoluta: 1° Las personas por nacer; 2° Los menores impúberes; 3° Los dementes; 4° Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.”

³⁶ República Argentina. Código Civil (actualmente derogado). “Artículo 152 bis: Podrá inhabilitarse judicialmente: 1°) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2°) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3°) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o

la actualidad sigue en vigor, con algunos ajustes para hacerlo más compatible con los estándares de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, la cual goza de jerarquía constitucional en la Argentina³⁷.

En su comentario al fallo *F. de G.B., A.C. s/ inhabilitación* del 22 de junio de 1982, Josefa Méndez Costa celebra el uso de la distinción conceptual entre la clásica “incapacitación” y la nueva “inhabilitación”. Lo considera muy importante para el legítimo funcionamiento de la determinación judicial de la capacidad jurídica, y para lograr hacerla corresponder con la evolución alcanzada en aquel momento por el derecho internacional³⁸. Recordemos que a mediados de 1982 la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en Viena, había aprobado el Primer Plan de Acción sobre el Envejecimiento, con lo cual

descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

³⁷ El artículo 152 bis del Código Civil de Vélez Sarsfield, argentino mencionado en la cita anterior, ha sido reemplazado en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, por los artículos siguientes: “Artículo 48. Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.” “Artículo 49. Efectos. La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.” “Artículo 50. Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.”

³⁸Méndez Costa, M. J. “Los ancianos en la legislación civil”, en *La Ley*, t. 1983-A, 319.

inauguró un profundo proceso de revisión crítica sobre los conceptos de *envejecimiento* y *vejez*³⁹.

Afortunadamente, poco a poco este criterio fue aplicándose a casos posteriores⁴⁰, y así llega a la jurisprudencia reciente. Entre las últimas resoluciones se encuentran los fallos *S. I. R. s/ inhabilitación*, del 21 de abril de 2020⁴¹, y *M. C., C. c/ N., C. A. s/ Impugnación/Nulidad de*

³⁹Organización de las Naciones Unidas, *Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*. Viena, 26 de julio-6 de agosto de 1982. Disponible en <https://www.un.org/es/conferences/ageing/vienna1982>.

⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Junín (Buenos Aires), *S. L. F. s/ incapacitación*, sentencia del 22 de septiembre de 2009, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas (rdfyp)*, enero-febrero 2010, 214: la justicia de grado desestimó la demanda de inhabilitación solicitada por la hija de un hombre de noventa años fundada en las grandes sumas de dinero que su padre gastaba en su vida cotidiana. La Cámara consideró que “el hecho de que pretenda disponer de una suma considerable de dinero mensualmente para sus gastos no configura un acto de absurdo en el manejo de sus negocios y finanzas, en tanto no es irracional que pretenda tener un estándar de vida sin sobresaltos mientras no comprometa su capital ni absorba la totalidad de sus utilidades”. También puso de resalto que las “dolencias y afecciones propias de la edad avanzada, no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil”; véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina), sala D, *E. de R., N.*, sentencia del 1.º de junio de 2004, en *La Ley*, 18 de agosto de 2004, 10: en este caso, un hijo solicitó la interdicción de su madre, alegando una patología debido a la supuesta dilapidación de sus bienes. En primera instancia se rechazó el pedido y la Cámara confirmó aquella sentencia. Los jueces argumentaron que en la mujer no se verificaba patología alguna y que tampoco se había logrado demostrar de modo fehaciente la propia dilapidación de bienes que se invocaba como síntoma de demencia. Los jueces señalaron que “la ancianidad como proceso fisiológico normal, no excluye la salud. No puede entenderse, entonces, que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación con su edad”.

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Azul (Buenos Aires), Sala I, *S. I. R. s/ inhabilitación*, sentencia del 21 de abril de 2020. Disponible en <https://jurisprudencia.colegioabogadosazul.org.ar/191-64971>. La Cámara expresó que “con referencia justamente a las personas mayores y a las distintas etapas y grados del proceso natural de envejecimiento, se ha puesto de resalto que existe un primer proceso involutivo luego de la madurez, que consiste en modificaciones anatomo-funcionales determinantes de una vejez ‘no patológica’, llamado *senectud*; siendo éste un estado biológico normal inherente al proceso mismo de la vida, que implica declinaciones físicas y psíquicas –tales como la afectación de funciones sensorperceptivas, de la memoria y el pensamiento lógico, y de la conación (impulsos)”. También

Testamento, del 1° de agosto de 2020. En este caso, la Cámara actualizó esta línea evolutiva al sostener que *la vejez no priva –por sí misma– de la aptitud mental para testar si no se acredita un estado de debilidad psíquica que la afecte*⁴².

La etapa de políticas afirmativas⁴³ transcurre entre los años 1994 a 2017. La reforma de la Constitución Argentina incluyó a los “ancianos” dentro de los grupos desaventajados que requieren acciones de discriminación inversa (artículo 75, inciso 23).

También fue importante la XV Cumbre Iberoamericana del Poder Judicial de 2008. Allí se aprobaron las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Este documento consagró herramientas fundamentales para ayudar a erradicar las condiciones de desigualdad que sufren muchas personas mayores en el acceso al servicio de Justicia⁴⁴. En la Argentina, este documento fue incorporado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada 5/2009, del 24 de febrero de 2009⁴⁵.

advirtió que “esta situación debe distinguirse de la senilidad, estado deficitario que sí constituye una condición patológica. Y que entre estos dos extremos los estadios intermedios son variados, clasificándose como senescencia a la declinación de transición con algunos rasgos patológicos –sin constituir aún la condición irreversible de senilidad–, caracterizada por pérdidas cualitativas y cuantitativas de las facultades que impide el pleno autogobierno”.

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina), sala K, *M. C., C. c/ N., C. A. s/ Impugnación/Nulidad de Testamento*, sentencia del 1° de agosto de 2020. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/21/fallos-la-edad-no-es-impedimento-para-testar-se-rechazo-el-pedido-de-nulidad-de-un-testamento-celebrado-por-una-persona-de-92-anos-que-solo-sufria-parkinson-y-no-una-enfermedad-mental-como-se-inte/>.

⁴³ *Ibidem*, n.° 24.

⁴⁴ Estos tratados “tienen como objetivo principal garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial (capítulo preliminar, Sección 1ª, finalidad 1)”. Dabove, M. I. y Padilla, M. del C. *El acceso a la justicia en la vejez, a la luz de las 100 reglas de Brasilia*, cit.

⁴⁵ Feliciotti, R. B. “Medidas adoptadas por el Ministerio Público de la Defensa para el Acceso a la Justicia”, en Dabove, M. I. (dir.). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la Justicia y protección internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2017, 87-99.

Junto a ello es necesario destacar la aprobación y posterior ratificación argentina de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, ocurridas entre el 2006 y 2008 respectivamente⁴⁶, y la entrada en vigor del Código Civil y Comercial en agosto de 2015. De manera explícita, el nuevo Código ordena interpretar y aplicar sus disposiciones teniendo en cuenta los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno⁴⁷. También en él, se terminó de adaptar el viejo régimen de la capacidad jurídica y el de sus limitaciones (incapacitación e inhabilitación) a los estándares de derechos humanos mencionados⁴⁸.

⁴⁶ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, fueron incorporados al derecho argentino por la Ley Nacional 26.378. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>; Palacios, A. y de Lorenzo García, R. (dir.). *La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia*, Madrid: Cermi, 2017, 13-62

⁴⁷ Fernández, S. “Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad. Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino”, en *Revista Derecho Privado*, año i, n.º 2, Buenos Aires: Infojus, 2013, 139-164.

⁴⁸ República Argentina. Código Civil y Comercial (en vigor desde el 1º de agosto de 2015). “Artículo 31. Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Artículo 32. Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben

Así, este nuevo entramado normativo permitió resolver casos de variadas competencias en torno al concepto político de *vulnerabilidad*, entre los cuales un grupo importante está referido a vivienda⁴⁹, salud⁵⁰, cuestiones tributarias⁵¹, jubilaciones y pensiones⁵².

promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”

⁴⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, La Plata (Buenos Aires), Sala ii, *P. C. L. y Otra c/A., B. Y. s/Desalojo*, sentencia del 15 de junio de 2011. En *El Dial* [en línea], AA6CF8. Disponible en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=28758&base=14&referencia=1&Total_registros2_1=1&buscar=aa6cf8&resaltar=aa6cf8; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. *Causa 107.207 Fernández de Fernández, María Mercedes y otros contra Segovia, Robustiano y otros sobre reivindicación*, sentencia del 3 de abril de 2014. Disponible en <https://www.scba.gov.ar/>; Juzgado Civil y Comercial de la ciudad de Mercedes (Corrientes). *L. Q. S. y otros c/ R. G., A. C. s/ interdicto de retener recobrar. Obra nueva*, sentencia del 26 de octubre de 2021. En *El Dial* [en línea], aac882. Disponible en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=55336&base=14&h=u.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Seidenari, Edelweis Irene Eulogia c/ Galeno Argentina S.A. s/ amparo*, sentencia del 3 de junio de 2021. Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/>; Juzgado de Familia n.º 7, La Plata (Buenos Aires). *F., M. D. C s/Internación*, sentencia del 8 de octubre de 2020. Disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/093/517/000093517.pdf>: “El solo hecho de envejecer no se constituye como una situación de vulnerabilidad *per se*, sino que deben ser tenidas en cuenta las capacidades funcionales de la persona para ejercer sus derechos ante el sistema de justicia”.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *García, María I. c/afip s/Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad*, sentencia del 26 de marzo de 2019. Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/>.

⁵² Supremo Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial (Argentina). *Copreco SA c/ Andino de Chambon María del Rosario - Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés - recurso de apelación - recurso de casación (C 26/07)*, interlocutorio del 19 de abril de 2010. Disponible en <https://leyesadmin.justiciacordoba.gob.ar/deposito/fallos/tsj%20civil/copreco>

Por último, la *etapa jurídica integradora*⁵³ comienza con la aprobación y entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en 2015 y 2017, respectivamente. La Argentina la adopta en octubre de 2017, por Ley 27.360, le dio jerarquía constitucional mediante la Ley 27.700, y con ello inició un nuevo período de actuación judicial⁵⁴.

3. LA VEJEZ DESDE EL MODELO COMPLEJO Y ENFOQUE DIFERENCIAL DE LA CONVENCIÓN.

Un desafío judicial clave de este tiempo consiste entonces en determinar con más precisión que en las etapas anteriores el significado de la vulnerabilidad y de su relación con la vejez. Respecto a estas cuestiones cabe recordar que el Informe de 2017 de la Defensoría Pública Curaduría n° 7 y la Resolución 230/17 del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, los cuales advirtieron con toda claridad sobre la necesidad de considerar con detenimiento “la concurrencia de las distintas circunstancias de desvalimiento que pesan

%20S.A.%20C.%20andino%20DE%20chambon.pdf: “La exención de responsabilidad patrimonial que ella acuerda se inscribe dentro del marco del derecho de la seguridad social en cuanto se orienta a dispensar adecuada protección a las personas frente a las necesidades que les sobrevienen a raíz de determinadas contingencias sociales, las que en el caso de la ley en cuestión consisten en la vejez, la invalidez y la muerte”; Cámara Federal de Apelaciones, La Plata - Sala ii (Argentina), *G., Z. M. c/ andis s/ Amparo ley 16986-Previsional*, sentencia del 16 de julio de 2021. Disponible en <http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=cd70da0e9c85c9a1b780529966dc5606>; Juzgado en lo Contencioso Administrativo de La Plata n.º 3 (Buenos Aires). *D. N. N. c/ Instituto de Previsión Social s/ pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos – previsión*, sentencia del 15 de abril de 2021. En *El Dial* [en línea], aac455. Disponible en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo1.asp?id=54247&base=14.

⁵³ Dabove, M.I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, cit., 36-47 y 153-168.

⁵⁴ Organización de los Estados Americanos (oea). Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores. Disponible en <https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratadosmultilateralesinteramericanos> A-70_derechos humanos_personas_mayores.asp; Dabove, M.I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, cit., 134-136.

sobre una misma persona, ya que ello aumenta su condición de vulnerabilidad para contrarrestar su dificultad para el acceso a la justicia y defensa de sus derechos”⁵⁵.

También es importante el claro reconocimiento que realiza la Corte Suprema de Justicia argentina en las decisiones tomadas a partir de la última reforma constitucional. Y así lo expresa en un interesante documento publicado en el año 2024, *La vulnerabilidad en los precedentes de la Corte Suprema*, en el cual recoge sentencias emblemáticas sobre el tema⁵⁶.

Así, en el caso “Itzcovich, Mabel” (Fallos: 328:566), por ejemplo, sostuvo que: *La calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica. El art. 19 de la ley 24.463 constituye una diferencia negativa en perjuicio del grupo constituido por las personas ancianas en el ámbito de las acciones judiciales.*

En “García Blanco Esteban” (Fallos: 344:983), ha sostenido que hay que actuar *con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento*

También en este fallo se reconoció que *el envejecimiento y la discapacidad -los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado- son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales, por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos.*

⁵⁵ Informe de 2017 de la Defensoría Pública Curaduría n.º 7 y Resolución 230/17 del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, documentos inéditos.

⁵⁶

<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/76/documento>

En suma, la propia Corte argentina ha comprendido la necesidad de establecer nuevos criterios en torno a la definición de la vulnerabilidad de las personas mayores partícipes de algún conflicto judicial.

La Gerontología actual, transdisciplinaria y transversal, comprende a la vejez desde un enfoque positivo y la reconoce como un subgrupo social con características específicas⁵⁷. Para definirla, acude a un enfoque complejo, tridimensional y flexible, al advertir que la vejez es el resultado de la articulación de la dimensión biopsicosocial con la dimensión normativa y con el plano cultural, en las personas y sus comunidades⁵⁸.

La *Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*⁵⁹, de la Organización de Estados Americanos (OEA), define a la vejez como “última etapa del curso de la vida”, aludiendo así a su dimensión material⁶⁰. Estatuye sus inicios entre los “60 y los 65 años de cada persona -o bien en una edad base menor, conforme a la legislación interna de cada Estado Parte-

⁵⁷ Poviña, A. *Manual de sociología jurídica*, Buenos Aires: Astrea, 1988, 105; Iacub, R. *La postgerontología, hacia un renovado estudio de la gerontología*. En *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 34, n° 1-2, 2002, Colombia: Fundación Universitaria Konrad Lorenz, 155-157. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/805/80534212.pdf>

⁵⁸ “Los factores biográficos, psicológicos, sociales, económicos y ecológicos tienen influencia. Podrán causar cambios no sólo en los individuos en sí mismos, para la vida y las relaciones familiares (de 3 a 5 generaciones familiares), para el sistema de atención de la salud; sino también para el mercado laboral, para la jubilación y la pensión (2 generaciones en retiro por edad). Podrán tener consecuencias para la economía y el sistema de bienestar social (...) El envejecimiento no es sólo un proceso biológico o fisiológico. También es una fortuna social”. Al respecto véase: Leher, Ú. *Correlato social y psicosocial de la longevidad*. En *Geriatría Práctica*, vol. III, n° 9, trad. Pérgola, L., 1993, 3; Rubio Herrera, R. *Psicología del envejecimiento: trastornos típicos. Aspectos biológicos, fisiológicos, psicológicos y metodológicos de dicho proceso*. En *Boletín de Estudios y Documentos de Servicios Sociales*, n°13, 1983, 25-30; Sagrera, M. *El edadismo. Contraste “jóvenes” y viejos La discriminación universal*, Madrid: Fundamentos, 1992, 105-110.

⁵⁹ Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores*. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

⁶⁰ Dabove, M. I. *Los derechos de los ancianos*, cit., 102-108 y 115-260.

refiriéndose así a la dimensión normativa⁶¹. También la reconoce como una “construcción social”, abarcando su plano valorativo cultural⁶². De modo tal que este enfoque complejo, pone en crisis el modelo médico-geriátrico. Obliga a abandonar los prejuicios que asocian vejez a pérdidas y enfermedades⁶³, incapacidad, o dependencia⁶⁴, y a desplazarlos por una mirada integral sobre esta etapa de la vida⁶⁵.

⁶¹ Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores*. Artículo 2: “Persona mayor: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor. “Vejez”: Construcción social de la última etapa del curso de vida”. Disponible en:

https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

⁶² Dabove, M. I. *Los derechos de los ancianos*, cit., 109-110 y 369-407.

⁶³ Basile, H. *Envejecimiento normal y patológico. Psicología y sociología*. En *Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino*, año 73, n° 1, 1998, 5-17.

⁶⁴ “La evidencia empírica disponible muestra que existe una estrecha relación entre dependencia y edad, pues el porcentaje de individuos con limitaciones en su capacidad funcional aumenta conforme consideramos grupos de población de mayor edad. Ese aumento en las tasas de prevalencia por grupos de edad no se produce a un ritmo constante, sino que existe una edad (alrededor de los 80 años) en que dicho aumento se acelera notablemente. No es extraño por ello que la dependencia se vea como un problema estrechamente vinculado al envejecimiento demográfico y que algunas veces, en una visión reduccionista, se tienda a considerar la dependencia como un fenómeno que afecta sólo a los mayores. En realidad, la dependencia recorre toda la estructura de edades de la población. No se puede circunscribir por ello el fenómeno de la dependencia al colectivo de las personas mayores”. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). *Atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid: IMSERSO, 2005, 23.

⁶⁵ Salvarezza, L. (comp.). *La vejez. Una mirada gerontológica actual*, 1° ed., 2° reimp., Buenos Aires: Paidós, 2009, 27-59 y 167-182; Iacub, R. *Identidad y envejecimiento*, Buenos Aires: Paidós, 2011, 33-75; Iacub, R. *El poder en la vejez. Entre el empoderamiento y el desempoderamiento*, Buenos Aires: Pami, 2012, 15-51; Baltes, P. B. and Baltes, M. M. *Psychological perspectives on successful aging: The model of selective optimization with compensation*. En Baltes, Paul. B. and Baltes, M. M. (eds.), *Successful aging. Perspectives from the behavioral sciences*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, 1-34; Baltes, P. B. y Freund, A. M. *El potencial humano como*

Junto a ello, en el campo gerontológico se identifican tres tipos de procesos de envejecimiento básicos: el robusto, el frágil y el dependiente. En el primero, la persona no registra cambios pronunciados, ni en su cuerpo, ni en sus redes socioafectivas u ocupacionales, ni en la valoración personal que recibe de su comunidad. En el proceso de fragilidad, la persona comienza a experimentar debilitamientos, físicos o psíquicos, que le obstaculizan o restringen el ejercicio de sus derechos y libertades. Por su parte, en la etapa dependiente, la persona ya no puede desarrollar por sí misma ni las actividades instrumentales, ni las de la vida diaria⁶⁶.

La Convención Interamericana en su artículo 2, define al envejecimiento como un *proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.*

orquestación de la sabiduría y la optimización selectiva con compensaciones. En Staudinger, U. M y Aspinwall, L. G. (coords.), *Psicología del potencial humano cuestiones fundamentales y normas para una psicología positiva*, España: Gedisa, 2007, 45-62; Baltes, P. B., Lindenberger, U. and Staudinger, U. M. *Chapter II Life-span theory in developmental psychology*, En William Damon, W. y Lerner, R. M. (eds.), *Handbook-Child-Psychology-*, Estados Unidos: John Wiley & Sons, 2006, 1029-1143; Arias, C. J. y Scolni, M. *El Apoyo Social en la Investigación e Intervención Comunitaria con Adultos Mayores*, Módulo 6, Mar del Plata: Facultad de Psicología de la Universidad de Mar del Plata y Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, 2012, 11-223.

⁶⁶ Al respecto ver: Musso, C. G. et al. (eds.). *Frailty and Kidney Disease. A Practical Guide to Clinical Management*. Cham: Springer, 2021, 1-183; Hoogendijk, E. O. et al. *Frailty: implications for clinical practice and public health*. En *Lancet*, 2019, T. 394, 1365-1375; Cohen-Mansfield, J., Skornick-Bouchbinder, M. and Brill, S. *Trajectories of End of Life: A Systematic Review*. En *The Journals of Gerontology Series B Psychological Sciences and Social Sciences*, July 2017, vol. 73, n°4, 1-9; Robles Raya, M. J. et al. *Definición y objetivos de la especialidad de geriatría. tipología de ancianos y población diana*. En *Tratado de Geriatría para residentes*, Madrid: Sociedad Española de Geriatría y Gerontología (SEGG), 2006, Capítulo 1, 25-32. Disponible en: <https://www.segg.es/tratadogeriatría/main.html>; Muscedere, J. *The Need to Implement Frailty in the International Classification of Disease (ICD)*. En *Journal Frailty Aging*, vol 9, 2020, 2-3. Disponible en <https://doi.org/10.14283/jfa.2020.2>; Redondo, N.; Manzotti, M. y de la Torre, E. *¿Cuánto cuesta y quién paga la dependencia en las personas mayores? Un estudio en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Hospital Italiano de Buenos Aires, 2014, 17-33.

También se refiere al envejecimiento activo y saludable como aquel proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar.

En consecuencia, la perspectiva gerontológica adoptada por la propia Convención impone al Derecho la necesidad de reconocer la complejidad tridimensional de la vejez⁶⁷.

4. HACIA NUEVOS CRITERIOS PARA LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES

Para responder al desafío de asumir el enfoque complejo de la vejez, es necesario considerar nuevos criterios jurídico-gerontológicos aplicables a la tarea judicial. Como adelantamos en los apartados anteriores, para ello es aconsejable partir de una presunción *iuris tantum* del estado de vulnerabilidad de la persona mayor, desde la cual se podrán tener en cuenta los siguientes criterios específicos:

En primer lugar, cabe advertir que el principio de igualdad y no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos constituye una piedra basal para el derecho interno de todo Estado parte (como lo es la República Argentina). También es importante reconocer y utilizar el enfoque diferencial para el efectivo goce de todos los derechos en la vejez, la perspectiva de género –dada la creciente feminización de esta etapa de la vida– y el respeto por la diversidad cultural, en tanto criterios específicos del derecho de la vejez, reconocidos por la Convención Interamericana en su artículo 3. Así, y en acuerdo con el Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas del 28 de enero de 2022, debemos partir de un enfoque complejo e interseccional de la vejez⁶⁸.

En segundo lugar, hay que considerar el plano biopsicosocial de la persona mayor sobre la cual se haya planteado la *litis*. Para ello es menester determinar si esa persona puede llevar una vida independiente (robusta), o bien si está en una situación de fragilidad o dependencia.

⁶⁷ Dabove, M. I. *Los derechos de los ancianos*, cit., 83-103

⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos sobre “Criterios normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas de edad”*, Resolución a/hrc/49/70, 28 de enero de 2022. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4970-normative-standards-and-obligations-under-international-law>.

Ambos casos tienen su fuente en la menor o mayor gravedad de los obstáculos que le impidan a la persona mayor realizar por sí misma las actividades de la vida diaria (caminar, alimentarse, vestirse, etc.), o bien, las instrumentales que permiten sostener un proyecto de vida propio (pensar, tomar decisiones por sí misma, aprender, enseñar, administrar, disponer de sus bienes, etc.). Junto a ello, los jueces deberán identificar su contexto económico, sus redes afectivas y de asistencia cotidiana. Ello les permitirá saber de manera fundada si la persona mayor está ubicada en un entramado social, económico, cultural, político o jurídico que pone, o no, en riesgo su integridad personal, o la hace susceptible de padecer daños injustificados.

En tercer término, urge ponderar los valores en conflicto y realizar un análisis crítico acerca de los prejuicios que afecten negativamente a la persona mayor en el caso por resolver. También será necesario sopesar y evaluar los derechos fundamentales en juego, y garantizar la construcción de una solución judicial diferenciada, es decir “no viejista”, con enfoque de género e interseccional.

La jurisprudencia argentina ha comenzado a reflejar las nuevas respuestas que los actuales desafíos gerontológicos requieren. Entre otras, las siguientes sentencias corroboran esta afirmación: la importante decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *García c/ afip s/Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad*, del 26 de marzo de 2019⁶⁹, los fallos penales

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *García, María I. c/afip s/Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad*, sentencia del 26 de marzo de 2019. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/>. Una jubilada de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos, cuyos haberes previsionales fueron gravados impositivamente, demanda contra la Administración Federal de Ingresos con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 20.628 “Ley de Impuesto a las Ganancias”. La Cámara hizo lugar a la demanda, confirmando la sentencia del juez de primera instancia, y declaró la inconstitucionalidad del art. 79, inc. c de la Ley 20.068 de Impuesto a las Ganancias, mencionada. También, la Cámara ordenó a la afip que le reintegrara a la actora los montos que se le hubieren retenido por aplicación de la normativa descalificada y dispuso que cesara para el futuro la aplicación del tributo con relación a sus haberes previsionales. Esta decisión dio lugar a que el ente recaudador interpusiera un recurso ante la Corte Suprema. Al respecto, la Corte declaró la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c; 79, inc. c; 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430. Además, dispuso *que se ponga en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial*. Por último,

sobre pedidos de prisión domiciliaria de personas mayores vertidos por tribunales inferiores⁷⁰, o bien los numerosos casos sobre determinación de la capacidad jurídica resueltos por las jurisdicciones argentinas, provinciales y federales, de todos los niveles⁷¹. Todos ellos han dejado en claro que la edad “por sí sola” no otorga fundamentos para determinar jurídicamente el estado de vulnerabilidad de una persona.

Un fallo para destacar en este marco es la decisión del Juzgado Nacional Civil n° 84, el 27 de mayo de 2022 en “R., J. C. s/ determinación de la capacidad jurídica”⁷², celebrado por la comunidad

confirmó la sentencia apelada en cuanto ordenaba reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas. Por último, indicó que hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional. Criterios seguidos en Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Estefo, Sergio Herman c/ afip s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, sentencia del 3 de febrero de 2022. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksjsp.html?idDocumento=7724001> y en Romero, Carlos c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (afip-dgi) s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/getDocumentosExterno.html?idAnalisis=772400>.

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala i (Argentina), C., J. T. s/prisión domiciliaria, sentencia del 19 de julio de 2019. Disponible en <http://www.sajj.gob.ar/>. *Cuestión etaria (art. 10 inc. 'd' CP y 32 inc. 'd' ley 24660)*. Detenido de 73 años con grave deterioro de su salud. Su grupo familiar podía asumir el rol de garante. La resolución anterior no consideró todas las constancias de la causa y los estándares nacionales e internacionales sobre la materia. Necesidad de trato humanitario y acorde a parámetros constitucionales e internacionales, entre los cuales se menciona a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada por Ley 27.360). La prisión domiciliaria no significa prebenda ni impunidad: “Es necesario que se realice un profundo análisis del caso en particular y las circunstancias que lo componen a fin de llegar a una decisión adecuada e integradora, respetuosa del principio republicano. Más aún, cuando la normativa enunciada no tiene previstos mayores requisitos que el cumplimiento de la edad (voto Dr. Lucero)”.

⁷¹ Dabove, M.I. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, cit., 209-246.

⁷² Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n.º 84 (Argentina), R., J. C. s/ de terminación de la capacidad, sentencia del 27 de

gerontológica. Ante el pedido del señor R. de no residir más en una residencia gerontológica a la que había ido debido a una fractura de fémur, dos de sus tres hijas iniciaron la acción judicial mencionada. En ella, R. expresó que había pasado demasiado tiempo encerrado, que no quería finalizar allí su existencia y que quería terminar sus días en una casa rodeado de su familia; concretamente, quería volver a vivir con su tercera hija. La evaluación interdisciplinaria acreditó la existencia de deterioros propios de la edad, pero descartó deterioros cognitivos. El defensor público curador del caso solicitó el rechazo de la acción, argumentando que “no puede asociarse la vejez con un proceso judicial de restricción al ejercicio de su capacidad”. Junto a ello señaló que el Sr. R. afrontaba sus limitaciones gracias a la colaboración de su hija conviviente, por lo cual no existían razones para que el Estado, a través de la Justicia, interfiriera en su vida. Así, con base en la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la magistrada interviniente admitió que si bien el señor R. tenía ciertas limitaciones leves acordes a su edad, ellas no interferían en su vida cotidiana. En la extensa entrevista que mantuvo con él, pudo corroborar que R. era una persona lúcida, perfectamente ubicada en tiempo y espacio, que interaccionaba con el entorno, y podía expresar claramente su voluntad y deseos, y conocía y comprendía el alcance de sus decisiones. La sentencia también remarcó que el señor R. se encontraba en una etapa vital que debía transcurrir con tranquilidad, sin zozobras, con la mayor plenitud posible y siendo respetado en toda su dimensión personal. Razones por las cuales, finalmente exhortó a las hijas a que, en lo sucesivo, dejen de lado la contienda familiar.

En la misma línea interpretativa, el 25 de octubre de 2022 se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en el caso *G. P., E. N. c/ Iosper s/ acción de amparo*⁷³. Allí destacó la necesidad de

mayo de 2022. Disponible en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/102/772/000102772.pdf>.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *g. p., e. n. c/ iosper s/ acción de amparo*, sentencia del 25 de octubre de 2022. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7795001&cac he=1666818037583?>. El superior tribunal de provincia rechazó la acción de amparo tendiente a obtener la incorporación de la actora como afiliada a una obra social, fundando su decisión en que la peticionaria tenía otra cobertura de salud y no había demostrado padecer un problema de salud urgente. La Corte, por mayoría, revocó esta sentencia al considerar que se habían interpretado con infundado ritualismo los recaudos para la admisibilidad de esta vía procesal sin ponderar la naturaleza de los derechos

resguardar el derecho a la vida, a vivir con dignidad, al disfrute del más alto nivel posible de la salud, y a la protección judicial efectiva en la vejez, sin ritualismos infundados, que se encuentran especialmente reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en vigor.

Del ámbito jurídico regional es importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho enfáticamente en *Poblete Vilches vs. Chile*⁷⁴ y en *Muelle Flores vs. Perú*⁷⁵, que las personas mayores ahora cuentan con protección reforzada, sobre todo, en torno a su autonomía y dignidad.

En los considerandos del caso *Poblete Vilches*, la Corte señaló que en determinadas situaciones dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada debido al desequilibrio de poder que existe entre la persona mayor y aquellos con quienes interactúa. Por ello, resaltó la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos que hoy cuentan con especial protección y que, por ende, son titulares del derecho a recibir cuidado integral con el debido respeto de su autonomía e independencia.

Además, en *Muelle Flores vs. Perú* la Corte señaló que la falta de materialización del derecho a la seguridad social del Sr. Muelle Flores

implicados en la acción. Expresó que se habían interpretado y aplicado los requisitos del amparo local soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales, más aún, considerando que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exigía una mayor amplitud de debate o de prueba. Agregó el Tribunal que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica y que la actora pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos. Señaló además que el tribunal había soslayado la constancia que acreditaba que la actora requería de forma urgente atención médica de manera sostenida y permanente y que afirmó en forma dogmática que la actora se encontraba afiliada a otra obra social desoyendo que ésta había explicado que la casa previsional local derivaba a sus aportes a la entidad demandada. Votos Rosatti, Maqueda (disidencia propia), Lorenzetti (voto conjunto) Rosenkrantz 1csj 1836/2018/CS1.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Muelle Flores vs. Perú*, sentencia del 6 de marzo de 2019. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf

por más de 27 años fue lo que generó una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad.

CONCLUSIONES

A sus noventa años, el psicólogo norteamericano Erik Erikson, referente indudable de la gerontología actual, sostuvo que las personas mayores no deberían ser consideradas frágiles *per se*, ya que la vejez puede desarrollarse con integridad emocional, productividad y sabiduría⁷⁶. Sin embargo, también sabemos que ninguna persona está en condiciones de lograrlo si su vida transcurre en una sociedad viejista.

Como componente central de la cultura, al derecho le cabe cumplir un papel emblemático en la generación de las condiciones de posibilidad de acceso a una vida digna a lo largo de todo el recorrido vital. La entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ha permitido dar el primer paso, al reconocer el paradigma activo y positivo de la vejez. Ahora, urge consolidarlo a partir del desarrollo de políticas públicas y de legislaciones que se articulen con el firme propósito de prevenir, sancionar y erradicar los viejismos que atentan de manera generalizada contra la integridad jurídica de las personas mayores.

Junto a ello, es preciso sustentar un derecho judicial con enfoque gerontológico, que tenga en consideración la complejidad de la vejez mediante una fina y aguzada casuística, basada en la *presunción iuris tantum* de vulnerabilidad. En suma, para cambiar la cultura jurídica “viejista” por una inclusiva, es necesario contar con jueces que distingan y comprendan el tipo de envejecimiento que transite la persona partícipe del proceso. Sólo entonces podrán elaborar sentencias en las cuales la vejez sea asociada a la vulnerabilidad únicamente cuando así lo requiera el caso específico.

⁷⁶ Erikson, E. *El ciclo vital completado*, trad. Prieto, E., 1.^a ed., 1.^a reimp., Buenos Aires: Paidós, 1988, 29-99.

SEGUNDA SECCIÓN

El acceso a la jurisdicción de personas en condición de vulnerabilidad

Martha Helia Altabe¹

I.- EL PODER JUDICIAL Y EL ACCESO A LA JURISDICCION EN CONDICIONES DE IGUALDAD

El derecho a la jurisdicción y la función del Poder Judicial que se llama a veces, “administración de justicia” o “jurisdicción”, o “impartición de justicia” son , al decir de Germán Bidart Campos², como dos caras de una misma moneda. De un lado, en el ámbito del poder, el Estado de Derecho tiene la función de administrar justicia, del otro, en el ámbito de los derechos subjetivos y de los derechos humanos, las personas en general, para el caso, los justiciables, tienen el derecho de requerir esa función a su favor, o de incitarla, hasta la obtención de un pronunciamiento justo y la ejecución del mismo en tiempo oportuno. A esto llamamos el derecho de “acceso a la jurisdicción o “acceso a la justicia”. Cabe aquí hacer una distinción entre “Acceso a la Justicia” y “Acceso a Justicia”, términos utilizados

¹ Abogada y Doctora en Derecho, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), Argentina. Magister en Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), Argentina. Jueza de la Cámara de Apelaciones con competencia Contencioso Administrativo y Electoral de la Provincia de Corrientes, Argentina. Vicepresidenta Primera de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. AMJA (2019-2021 y 2021-2023). Profesora Titular por Concurso de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (2021-2023). Vicepresidenta del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIDC. Coordinadora Académica y Expositora de la Diplomatura Judicial en Género de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Replicadora de los Programas de Género y Trata de Personas con fines de Explotación Sexual de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Integrante de la Cátedra Libre de Derecho Constitucional Indígena “Dr. Ricardo Altabe”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Coautora de la Ley Orgánica del Ministerio Público vigente en la Provincia de Corrientes desde el 13.04.2000. Capacitadora Judicial de los Poderes Judiciales de Nación y de Provincias. Directora y Evaluadora de Tesis Doctorales, Especializaciones y Maestrías. Autora de libros y trabajos científicos publicados en el país y en el extranjero. Jurado Técnico de Consejos de la Magistratura de las Provincias de Chaco y Misiones, Argentina.

² Bidart Campos, Germán. “Manual de la Constitución Nacional Reformada” .Tomo II, Pág. 287. Edit. EDIAR, 1997.

muchas veces como sinónimos, aunque no lo son. La frase “acceso a justicia “, es un concepto genérico, que alude al derecho que tienen las personas a obtener, en tiempo oportuno, bajo la forma de acuerdo, laudo, decisión o sentencia, una solución justa y útil de los conflictos o reclamos que los involucran, mediante los diferentes procedimientos que el Estado de Derecho brinda para ello; por ejemplo a través de la mediación, del arbitraje, de las casas de justicia o de los poderes judiciales³ mediante un proceso judicial. En cambio, cuando se alude al Acceso a la Justicia, nos referimos a un concepto específico, hablamos del acceso a la jurisdicción, es decir al acceso a un órgano del Poder Judicial. Resumiendo, el término “acceso a justicia” comprende el de “acceso a la jurisdicción”. Es decir que el Estado debe asegurar a todos los habitantes, sin distinción alguna, la impartición de justicia, por eso hablamos del derecho a la jurisdicción como un derecho público subjetivo que nace para el particular como correlato de la conducta debida por el Estado. La ONU ha manifestado que: *El acceso a la justicia es un principio básico del estado de derecho. Sin acceso a la justicia, las personas no pueden hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a la discriminación o hacer que rindan cuentas los encargados de la adopción de decisiones. La Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho hizo hincapié en el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables, y reafirmó el compromiso de los Estados Miembros de adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promovieran el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica (párrs. 14 y 15)* ⁴.

Es conveniente señalar que el derecho a la jurisdicción no consiste solamente, ni se agota, con el acceso a un órgano judicial. Lograr iniciar alguna acción judicial, en condiciones de igualdad, como por ejemplo que los costos iniciales del proceso o la falta de asistencia letrada gratuita, el lenguaje, la minoría de edad, el género, la situación legal, no resulten impedimentos para el acceso, solo constituye una primera etapa. Fundamentalmente se requiere que se observe la garantía del debido proceso, de la defensa en juicio, poder producir las pruebas, aun cuando se carezca de recursos, que la pretensión se

³ <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/mapa>. Consulta 13/05/2024

⁴ <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/#:~:text=El%20acceso%20a%20la%20justicia,de%20la%20adopci%C3%B3n%20de%20decisiones>. Consulta 10.05.2024

resuelva en tiempo oportuno, mediante una sentencia o resolución fundada y justa, dictada por el juez natural e imparcial, que se asegure al justiciable el derecho al recurso y, finalmente, que el decisorio se ejecute en tiempo oportuno⁵. Recién entonces se concreta el ejercicio de este derecho a la jurisdicción⁶.

Por eso hablamos de las dos caras de una misma moneda cuando nos referimos a la Justicia como un servicio público, porque debe ser brindada por el Estado con ciertos condicionamientos constitucionales y convencionales y, en consecuencia, del acceso a la justicia o el acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad, a fin de lograr una tutela judicial efectiva, es decir una garantía real, que se cumpla en la práctica efectivamente, bajo aquellos estándares de constitucionalidad y de convencionalidad antes referidos. Dichos estándares aparecen en la Constitución de la Nación Argentina, especialmente en el art. 18 de la misma cuando dice: “Ningún habitante...”, “Nadie...”, refiriéndose al universo heterogéneo de sujetos que habitan el suelo argentino y son destinatarios de este derecho a la jurisdicción como en los Tratados Internacionales en general, que conforme al artículo 75 Incs. 22 y 24 de la misma son superiores a las leyes del Congreso Nacional y por ende de todo el ordenamiento jurídico argentino. Para el caso, es oportuno tener en cuenta aquellos compromisos internacionales con jerarquía constitucional, que serán mencionados más adelante.

De igual modo, resulta obligatorio considerar los estándares que surgen de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los documentos, particulares y generales emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los organismos de Naciones Unidas, en tanto Argentina pertenece al sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos (OEA) y al Sistema Internacional de protección de Derechos Humanos (ONU)⁷. Por ello, siendo el derecho a la

⁵ Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 24245. Párraf.107 y 110.-

⁶ Albanese, Susana. “Garantías Judiciales: Algunos Requisitos del Debido Proceso Legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”- Ediar – 2007 – Segunda Edición.

⁷ Chiarotti, Susana y Della Siega; Viviana- “Chaco, a 7 años del caso LNP-Logros y obstáculos en materia de violencia contra las Mujeres”. -Publicación del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM e

jurisdicción correlativo de la obligación que tiene el Estado de Derecho de prestar la función jurisdiccional de administrar justicia en condiciones de igualdad, para que aquel derecho y esa función se satisfagan, el Estado debe establecer los órganos (tribunales) del llamado Poder Judicial, bajo ciertas condiciones constitucionales y legales. La Corte Suprema se ha expedido en el caso Rosza⁸ por ejemplo acerca de los subrogantes legales y las vacantes existentes en el Poder Judicial de la Nación y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, que estableció una nueva regulación del Consejo de la Magistratura de la Nación y del decreto N°: 577/13, que realizó la convocatoria para la elección de candidatos a consejeros, por apartarse de aquellos estándares de constitucionalidad y convencionalidad⁹.

Debe también el Estado asignarles jurisdicción y competencia a los órganos judiciales y dictar las normas de fondo y de procedimiento para implementar este derecho humano básico y elemental para asegurar el goce de los demás derechos. El Estado no solo debe abstenerse de obstaculizar el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la jurisdicción, sino que debe adoptar acciones positivas y remover los obstáculos económicos, culturales, estructurales y materiales que impiden su ejercicio efectivo. Por ejemplo, brindando asistencia letrada gratuita, eximiendo del pago de gastos del proceso a las personas que carecen de recursos económicos para tal fin, dotando de órganos jurisdiccionales suficientes de acuerdo a la población y a la complejidad de los asuntos, adecuando los edificios y los recursos tecnológicos a las necesidades de quienes deben recurrir a las instancias judiciales, asegurando suficientes recursos humanos para atender todos los procesos y resolverlos en tiempo oportuno. También y muy especialmente el estado debe promover la alfabetización jurídica de la población, primordialmente de quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad, para permitir el acceso a la jurisdicción.

La alfabetización jurídica implica el conocimiento de los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico consagra en favor de todas las personas, sin distinción y el modo de hacerlos efectivos en casos concretos. Del derecho a información jurídica básica se ocupan

Instituto de Género, Derecho y Desarrollo-INSGENAR-Rosario-Argentina-Diciembre 2014.-

⁸ F.330 – 2 Pág.2631.-

⁹ F.336 : 760, Caso Rizzo.

muchos autores, Mariano Fernández Valle entiende que es “una condición que el estado necesariamente debe satisfacer “,¹⁰ y cita a Binder : “ *Un elemento clave en una política consistente de acceso es facilitarles a las personas, por vías creativas, la posibilidad de conocer cuáles son sus derechos y los caminos con los que cuentan para lograr su reconocimiento y respeto*” y propone algunas medidas mínimas para que los ciudadanos sepan que los problemas que los aquejan pueden resolverse mediante un abogado, acudiendo a tribunales , a través de un procedimiento judicial o una mediación, como : la incorporación en la currícula de enseñanza básica de cursos sobre derechos y mecanismos de acceso a la jurisdicción; la realización de talleres comunitarios de información jurídica; la formación y capacitación de extensionistas jurídicos; el desarrollo de campañas informativas sobre derechos, a través de afiches, avisos radiales y televisivos. Actualmente los órganos gubernamentales utilizan redes sociales, donde podrían promover la alfabetización jurídica de los ciudadanos. Ella permite que las personas conozcan cuáles son sus derechos, cómo funcionan los procesos legales, cuales son las vías o medios para hacer efectivos esos derechos. Sin importar su edad, género, condición social o capacidad económica, todos los individuos tienen derecho a obtener asesoramiento y orientación legal adecuada y accesible, por parte de las autoridades públicas. Entiéndase el Estado en todas sus manifestaciones orgánicas: ejecutivo, legislativo y judicial y en todas las esferas de poder: municipal, provincial y nacional, en el caso de Argentina y su estructura federal de Estado.

El Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, cuenta con la asistencia de los Facilitadores Judiciales de la OEA¹¹, lugareños y lugareñas líderes de su comunidad, que no pertenecen a congregaciones religiosas, ni a Partidos Políticos, que son instruidos por los Jueces de Paz, sobre normas básicas de derecho sustantivo y de procedimiento, para facilitar el acceso a la jurisdicción de sujetos vulnerables, conforme a los protocolos de la OEA. Realizan esta labor de acercamiento a la jurisdicción y de alfabetización jurídica, sin recibir compensación económica alguna. Y resultan fundamentales para coadyuvar en la tarea de superar las dificultades de acceso a la

¹⁰ Fernández Valle, Mariano “ *El acceso a la Justicia de los Sectores en Desventaja Económica y Social* “ Págs 39 a 57, en la Obra Colectiva “*El acceso a la Justicia como Garantía de Igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*”. Editorial Biblos. Colección Identidad, Mujer y Derecho .Bs. As 2006

¹¹ <https://pifj-oea.org/>

jurisdicción que tienen algunas personas en razón de la edad, de la situación económica, cultural, idiomática o porque se hallan alejadas de los lugares asiento de las oficinas judiciales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica tiene dicho en forma reiterada que los estados miembros tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, para asegurar las garantías del debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo de tal manera que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Arts. 1.1 y 8 C.A.D.H.)¹²

II.-EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN CONDICIONES DE IGUALDAD ES UN DERECHO HUMANO.

Además de las desventajas naturales, como ser la etnicidad, la edad, el género, etc., la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de considerar las desventajas estructurales que pueden afectar el acceso a la jurisdicción, en tanto las mismas impiden que los litigantes se beneficien con las garantías del debido proceso. Expresamente sostuvo: *“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver 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 a 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 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”*.¹³

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva n° 11, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 1989, párr. 24.

¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 1° de octubre de 1999, párr. 119.

Asegurar las condiciones de igualdad en el acceso a la jurisdicción impone obligaciones para los tres poderes del Estado. Si bien al Poder Judicial le corresponde administrar justicia, el Poder Ejecutivo y el Poder legislativo son responsables en el ámbito de su competencia, de dotar al Poder Judicial de los recursos materiales y humanos y de las estructuras organizativas y funcionales necesarias para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos, la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia.

Es por eso que se habla del acceso a la jurisdicción o a la justicia como tutela judicial efectiva, porque por un lado existe la obligación estatal de asegurar la impartición de justicia, que aparece como tal, para toda la Nación ya en el Preámbulo de la Constitución Nacional y se reitera en el art. 5 como obligación de las Provincias y , por otro, el derecho del justiciable de acceder a tal servicio , el que debe ser prestado bajo determinadas condiciones de constitucionalidad y de convencionalidad, como se dijo antes . Ello para hacer efectivos el derecho a la jurisdicción eficaz y transitar el proceso como una garantía constitucional. Cuando esas condiciones aparecen como medios que permiten hacer efectivo el acceso a la justicia como tutela judicial efectiva, podemos decir que su finalidad se ha cumplido.

El acceso a la Jurisdicción es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todas las personas por igual. Cuando otros derechos son violados, el acceso a la jurisdicción constituye la vía para reclamar su protección, restablecimiento o cumplimiento ante los tribunales y garantizar de este modo la igualdad ante la ley. El acceso a la justicia para ejercer los derechos y defender las libertades es el principal derecho- el más importante de los derechos humanos- en un sistema legal moderno e igualitario que tenga por objeto garantizar y no simplemente proclamar, el goce efectivo de los derechos de todos.

En nuestro país este derecho supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad. La Constitución Nacional así lo consagra en el art. 18 cuando expresa “*es inviolable la defensa en juicio de las personas y sus derechos*” y aparece implícito en el art. 14 cuando enuncia el derecho de peticionar ante las autoridades.

Pero, además, la Constitución Nacional, hace 30 años, en 1994, ha elevado a jerarquía constitucional determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que se refieren al mismo. Es decir que se ha consagrado la primacía constitucional de estas normas de derecho internacional sobre las normas de derecho interno y se ha sometido el país a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud del art. 2 de la Ley N°: 23.054 del año 1984, por la que se aprueba el Pacto de San José de Costa Rica. También las normas Internacionales hacen obligatoria en la Argentina la actividad de los Comités de Naciones Unidas (ONU) y los documentos emanados de sus órganos, ya sean de carácter general o particular. También lo encontramos en Pactos, Tratados y Convenciones que, sin tener jerarquía constitucional, son supralegales por indicarlo así el art. 75 Incs. 22 y 24 de la C.N. Por ejemplo, el caso de la Convención Belem Do Pará, para la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres¹⁴.

Esas normas internacionales, de jerarquía constitucional son: arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 2.3, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. XXVI y XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; los arts. 2. c y 15.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros. Además de consagrar el tan elemental derecho a ser oído, que implica el principio del derecho a la jurisdicción y la asistencia letrada, aun gratuita, las normas citadas que tienen jerarquía constitucional, establecen los requisitos que debe reunir todo proceso judicial para ser considerado un debido proceso legal y constituir la mencionada tutela judicial efectiva. Estos requisitos surgen especialmente de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H) y arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y alcanzan a todos los fueros y tipos de procesos: *“En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a*

¹⁴ “Estándares de Protección de Derechos Humanos de las Mujeres: Herramientas Necesarias para la Defensa de su Participación Política”. Publicación de CIM MESECVI y ONU MUJERES. Enero 2020.

*materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal...*¹⁵

Pueden citarse algunos documentos y resoluciones que reafirman este derecho a la jurisdicción en condiciones de igualdad como un derecho humano y por lo tanto universal, inalienable, progresivo, imprescriptible e irrenunciable y que comprometen a los Estados a asegurar su goce , como por ejemplo : Informe de la Comisión IDH 28/92, Argentina 2 de Octubre de 1992; Informe CIDH 36/96, Chile 15 de Octubre de 1996; Comisión IDH Informe 70/99 Argentina 4 mayo 1999; Comisión IDH Informe 21/100, Argentina 29 febrero 2000; el Art.36.1 b) Convención de Viena s/ Relaciones Consulares y O.C.16/99 Corte I.D.H.; Resolución 17/89 C.I.D.H.; Comisión IDH Informe 30/97 C.I.D.H. Juez Carranza, argentina 30 sept.1997 ; Corte IDH Castillo Petruzzi y otros vs. Perú-1999; Caso Abella C.I.D.H. Informe 55/97, 18 nov.1997; OC 18/03; art. 26 del P.I.D.C.yP. También algunos fallos señeros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina como : CSJN, Suarez Mason ,C.G. 13 Agosto 1998; CSJN Urteaga, F.R. 15 Octubre 1998; CSJN Giroldi.Certiorari.-280 C.P.C y C.;CSJN Matías Casal 2005; CSJN Fraticcelli-Dissier 8/8/2006

Es de tal importancia en el Estado de derecho el acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad, que mediante la Acordada 37/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se creó la Comisión Nacional de Acceso a Justicia presidida desde su origen y hasta el 1 de Noviembre de 2021 por la Sra. Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dra. Helena Higton de Nolasco y desde entonces por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Horacio Rosatti e integrada por expertos y representantes de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional , la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia “... con el objetivo de promover e incentivar el acceso a justicia a través de métodos alternativos de resolución de controversias, disminuir la litigiosidad judicial y optimizar el servicio

¹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva n° 11, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 1989, Párrafo 28 y Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Párraf. 125 y 129

de Justicia que se brinda a los ciudadanos en todo el territorio argentino”¹⁶

La Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos de 2001, aprobada por los Estados miembros de la OEA durante la Sesión Extraordinaria de la Asamblea General que se llevó a cabo el 11 de Septiembre de 2001 en Lima Perú, en cumplimiento de lo acordado en Quebec, Canadá, en el mes de Abril del mismo año, en el marco de la III Cumbre de las Américas para la afirmación del sistema democrático de gobierno y reafirmar el compromiso asumido en tal sentido por los países miembros, con la participación activa de la República Argentina, contempla, por ejemplo en el art. Artículo 8 el acceso a la jurisdicción internacional en estos términos: *“Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo”* . Dicha Carta constituye un compromiso de los Estados miembros de reforzar en el derecho interno los principios y valores democráticos, mediante la adopción de políticas públicas y de acciones positivas que eliminen las asimetrías y desigualdades en los países de América a fin de fortalecer, promover, y consolidar la democracia representativa en el continente americano. Entre los objetivos aparece la necesidad de reforzar el sistema de garantía de derechos en general.¹⁷

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y LAS 100 REGLAS DE BRASILIA ¹⁸

La Cumbre Judicial Iberoamericana emitió en el año 2008, las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad “. En este documento internacional, confluyen los estándares mínimos del ejercicio del Derecho de Acceso a la Jurisdicción en Condiciones de Igualdad, emanados del Corpus Iuris de los dos Sistemas Internacionales a los que pertenece la

¹⁶ <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/institucional>. Consulta 12/04/2024

¹⁷ http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm consulta 15/05/2024

¹⁸ Altabe, Martha Helia “Operatividad de las 100 Reglas de Brasilia respecto de los Pueblos Indígenas”, en “Derecho Constitucional Indígena”. Obra Colectiva. Editorial Contexto. Resistencia, Noviembre 2012. Págs. 247 a 265.

República Argentina , el sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos (ONU) y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (OEA). No se trata de un Pacto, Tratado o Convención, sino de un compromiso internacional asumido por quienes representan la máxima autoridad judicial de cada país firmante del mismo, con poder de decisión y, en consecuencia, órgano de gobierno de los poderes judiciales respectivos. También conviene aclarar que está referido a personas en situación de vulnerabilidad y su relación con los poderes judiciales de cada país en el ejercicio del Derecho a la Jurisdicción concebido con la amplitud que fue explicado anteriormente. También que la situación de vulnerabilidad en este documento, que fue actualizado por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, reunida en Quito-Ecuador en Abril de 2018, es definida así: *“ Una persona o un grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas, 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, a otras diversidades étnicas –culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de 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.”*¹⁹

Se expresa en la exposición de motivos, que no contiene meras declaraciones o reflexiones vacías de contenido y sustancia. Por el contrario, involucrando a todos los actores del sistema judicial,

¹⁹ <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/reglas-de-brasil-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad/> consulta 12/05/2024

propone concretas reformas legislativas, orgánicas y de gestión, tendientes a que los Poderes Judiciales se conviertan en órganos destinados a la defensa efectiva de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad. En ellas se identifican a los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, se formulan recomendaciones para todos los Poderes del estado y la modificación de las practicas judiciales por parte de magistrados, funcionarios, empleados y auxiliares de los Poderes Judiciales de América, se propicia la formulación de políticas públicas destinadas a garantizar el efectivo acceso a la jurisdicción de estas personas en condiciones de igualdad real y se efectúa un llamamiento a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para la elaboración y puesta en práctica de programas y proyectos de modernización del sistema judicial bajo estas Reglas.

El documento conocido como “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, ha sido aprobado, originalmente, por la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia, República Federativa de Brasil durante los días 4 a 6 de marzo de 2008 y fue sometido a la aprobación de los respectivos órganos de gobierno de las restantes Redes Iberoamericanas del sistema judicial. En la República Argentina, se adhirieron a las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, todos los Superiores Tribunales de Justicia o Cortes Supremas de las Provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo hizo por Acordada N° 5 del 24 de febrero de 2009.

También han adoptado las Reglas la Procuración General de La Nación y la Defensoría General de la Nación.

Las Reglas de Brasilia establecen estándares básicos que los Poderes Judiciales Iberoamericanos deben cumplir para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Si bien no tienen el carácter de norma jurídica, ni son vinculantes, las Reglas adquieren un especial valor para los procesos de reforma de la justicia y para la actividad judicial respecto de todos sus actores, al ser aprobadas por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial. Ejemplo de ese especial valor, es la audiencia de

debate que tuvo lugar el día 27 de febrero de 2012 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde en el marco del Caso “Furlan y Familiares Vs. Argentina” el Juez Alberto Pérez Pérez interrogó específicamente a la Perito Abogada Laura Beatriz Subies sobre si efectivamente se aplicaban las “100 Reglas de Brasilia” en aquellos procesos judiciales donde estaban presentes niños con discapacidad. También numerosa jurisprudencia de tribunales de justicia han aludido en sus fallos a dichas reglas²⁰

En ellas se definen a los sujetos Vulnerables como las personas que tienen mayores obstáculos para el ejercicio de sus derechos, respecto de los cuales los Poderes Judiciales deben adecuar sus estructuras y procedimientos y desplegar todas las acciones necesarias para vencer, eliminar o mitigar esas limitaciones dadas por la edad, el género, su estado físico o su estado mental, las circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales. También se define a los sistemas judiciales y se dirigen a todos los actores: jueces, magistrados en general, funcionarios y empleados judiciales, abogados, asociaciones de abogados, peritos, médicos forenses, enfermeros, integrantes de las fuerzas de seguridad y del servicio penitenciario, etc.

Las “100 Reglas” promueven: reformas legislativas, modificaciones en los procesos y prácticas judiciales en general, adecuación de la normativa vigente a los objetivos perseguidos, medidas que hagan efectivo el contenido de estas reglas, un llamado a organizaciones internacionales y agencias de cooperación para que incorporen estas Reglas en los programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

IV.- LA REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, ARGENTINA.

Estas premisas acá brevemente descriptas deben necesariamente volcarse en los Códigos de Procedimiento de todos los fueros, como parte de las reformas que se consideraron necesarias al momento de la redacción de las “100 Reglas”, por cuanto a través de las normas

²⁰Paz, Enrique César. “Normas Jurídicas y Operatividad en las 100 Reglas de Brasilia”. Edit. Contexto. Resistencia Noviembre 2015. Cam. Fed. de Apelaciones de Corrientes. 9.8.2018. Expte. FCT6946/2017-“Silva, Damaris Keila P/Infracción Ley 23737”

adjetivas se harán efectivas las mismas. Introducir la perspectiva de vulnerabilidad en los procesos judiciales es un mandato constitucional que hace al acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad. Es por ello que la inserción de los artículos 46 a 55 en el Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes, Ley N°: 6556 ²¹, que entró en vigencia el 1 de Diciembre de 2021, marca un hito importantísimo en el derecho argentino, al volver operativos los estándares de actuación judicial que la Republica Argentina se comprometió a adoptar, adecuando a ellos el derecho interno, en procura de la realización efectiva del derecho de acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad para todas las personas.

Compromisos estos contenidos en los numerosos pactos, tratados y convenciones aprobados y ratificados por los órganos políticos de mayor legitimidad democrática , como son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo Nacional y que no pueden ser dejados sin efecto por omisión de los jueces en aplicarlos o por omisión de hacerlo por parte de los otros poderes del Estado. ²². Las 100 Reglas de Brasilia, que subsumen dichos estándares contenidos en los compromisos internacionales, antes referidos, constituyen también un compromiso asumido por los propios poderes judiciales de adecuar prácticas y procedimientos judiciales a dichos estándares, por lo que la inclusión de estos 10 artículos en el Código de procedimiento local, es el cumplimiento, en el fuero no penal, de dicho compromiso, valga la redundancia.

Esta normativa se halla en el Capítulo 6 denominado Procesos con Sujetos Vulnerables, del Título I, referido a las Partes y Abogados del Libro I Parte General y el texto es el siguiente:

Artículo 46. Aplicación. *Las normas de este Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes.*

²¹ <https://hcdcorrientes.gov.ar/digesto/legislacion/codigos/Ley6556.pdf> Consulta 20/05/2024

²² CSJN- Ekmedjian vs.Sofovich.F.315:1492

La oficiosidad contenida en esta norma implica que resulta ineludible para los magistrados, funcionarios y empleados judiciales, como para cualquier operador jurídico: peritos, médicos, abogados, policías, que intervengan en actos y procesos judiciales la aplicación de toda la normativa expresamente mencionada en este capítulo. Es muy importante que se aclare que no solamente estamos hablando de la aplicación a la totalidad del juicio, sino también a cualquier acto procesal, por ejemplo una testimonial, una producción de pruebas de determinado tipo, la contestación de la demanda, la promoción de la demanda. En cualquier acto procesal y durante todo el proceso judicial, de cualquier instancia y fuero, como expresamente lo dice el texto – por lo tanto puede ser la primera instancia, la segunda instancia o instancia de apelación y aún en las instancias extraordinarias - se aplica siempre este capítulo cuando intervengan personas en condición de vulnerabilidad.

El párrafo que dice “ demás normas vigentes”, debe ser tenido en cuenta, porque si nos ceñimos al tema de tratados internacionales con jerarquía constitucional por mandato constitucional de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, sabemos que en el artículo 75 inciso 22, se determina en relación al artículo 31 de la misma, el orden de prelación de normas federales .En el 75 inciso 22, hay una norma de carácter general que dice que los pactos, tratados, convenciones, en general tienen una jerarquía superior a las leyes del Congreso. A su vez el art. 31 determina que la Constitución, las leyes del Congreso y los tratados, conforman el bloque normativo federal y constituyen la ley suprema de la Nación, por lo que las autoridades de las provincias deben conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales. En el caso de Corrientes debe observarse en primer término la Constitución Nacional por así disponerlo su artículo 1º y luego la Constitución Provincial . Esta última se ocupa especialmente de sujetos en condición de vulnerabilidad ya que, en su articulado, tiene directivas expresas respecto a la protección de los derechos de personas mayores de edad, de niñas, niños y adolescentes, de mujeres, de las personas con discapacidad, de consumidores y usuarios, en los arts. 39 a 48 y la implementación de políticas públicas en tal sentido. Entonces también toda esta normativa debe ser tenida en cuenta. Es decir, no solamente los pactos y tratados con jerarquía constitucional sino que también deben ser aplicados, por mandato expreso de la Constitución Nacional, todos los pactos o tratados que fijan estándares relacionados con las garantías del debido proceso, el acceso a la jurisdicción en

condiciones de igualdad, el trato digno y la igualdad de oportunidades. En una norma adjetiva como es un código de procedimiento, si hablamos jerárquicamente de las normas, quizás podemos concluir que sea el último estadio donde hay un mandato donde estas normas se aplican de oficio en los actos y procesos judiciales en cualquier instancia, siempre que haya personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo toda esta normativa garantista del acceso de las personas en general a la jurisdicción en condiciones de igualdad. Es decir, de oficio, debe asegurarse el acceso a la jurisdicción de las personas en condición de vulnerabilidad.

Identificada la intervención de una persona en condición de vulnerabilidad en un proceso de cualquier naturaleza y fuero, deben aplicarse de oficio las reglas contenidas en este Capítulo, en la etapa del proceso que fuera y en todas ellas, hasta la finalización de la ejecución de la sentencia, del laudo arbitral o del acuerdo de mediación. Mediante la observancia de estas normas, que están dotadas de una gran carga de perspectiva de vulnerabilidad, se puede arribar a un derecho más empático, que permite identificar y eliminar barreras que bloquean en la actualidad la inclusión activa de los sujetos vulnerables en el proceso. El libre acceso a la jurisdicción se opone asimismo a cualquier discriminación.

Si bien, como se ha mencionado con anterioridad, los sistemas judiciales argentinos adhirieron a las 100 Reglas de Brasilia, se advierte que en la práctica no resultan totalmente operativas, por lo que es importante que sean receptadas en los distintos códigos procesales de todo el país de manera concreta.

También, lo que resulta más importante, quizás, es que, al tratarse de normas de derechos humanos, la actividad judicial que se despliegue en el caso deberá tener en cuenta los principios de interpretación y aplicación del Derecho Internacional Público en general, pero, además, y muy especialmente, los principios de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que son, al menos, los siguientes: Principio de Universalidad; Principio Pro Homine; Principio Pro Actione; Principio de Posición Preferente de los Derechos Fundamentales; Principio de fuerza expansiva de los derechos fundamentales y Principio de progresividad.

Artículo 47. Personas en condición de vulnerabilidad. *Se consideran en condiciones 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.*

La enumeración de las causas de vulnerabilidad aquí expresadas, es meramente enunciativa, no es taxativa y lo determinante para considerar que una persona se halla en situación de vulnerabilidad es la condición contenida en el último párrafo del artículo: *el impedimento de ejercitar en plenitud, en el marco de un proceso, los derechos que le asisten conforme el ordenamiento jurídico vigente.* Prueba de ello es que la presente definición es un resumen de la contenida en la Regla 3 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008. Mientras que la versión de las mismas aprobada en el año 2018 en Quito, Ecuador y actualmente vigente²³, incluye un texto genérico, mas abarcativo de situaciones de vulnerabilidad, al decir: *“Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.* Son estas personas las beneficiarias de las “100 Reglas”, a ellas van dirigidas y así debe interpretarse.

Como bien expresa la exposición de motivos, *“Las presentes Reglas no se limitan a establecer bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema*

²³ <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/reglas-de-brasilia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad/>

judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento”.

Es decir que no son excluyentes otras condiciones de vulnerabilidad no enumeradas aquí. Puede incluso darse una situación cultural determinada, sumada o no a alguna de las mencionada en el texto y estaremos en condiciones de vulnerabilidad “acumulativas”, o lo que se denomina interseccionalidad, que se da cuando hay una sumatoria de situaciones de vulnerabilidad. Por ejemplo una niña abusada, pobre e indígena, o puede ser el caso de una mujer víctima de violencia de género que además es analfabeta, no solamente porque no sepa leer y escribir, sino también porque no conoce sus derechos, ni sabe cuáles son las vías judiciales o jurisdiccionales que tenga que transitar. Entonces lo determinante es el último párrafo del artículo que engloba una situación de vulnerabilidad en relación con el sistema judicial del que se trate, es decir, estamos hablando de sujetos en su relación con el poder judicial. En conclusión, se considera una condición de vulnerabilidad, además de todas esas situaciones de género, edad, estado físico, mental, las circunstancias sociales, económicas, étnicas, culturales, geográficas, educativas, etc; que hacen que deban considerarse personas en situación de vulnerabilidad a aquellas que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. No son condiciones taxativas las que el juez, funcionario u operador jurídico tiene que advertir, sino que puede encontrarlas todas juntas u otras que no estén enunciadas acá. Siempre y cuando aparezca esta particular situación de que esa persona encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el Estado constitucional de derecho, por el ordenamiento jurídico democrático, debe aplicarse este capítulo en tratamiento, para lograr la igualdad de los actores de un proceso. Los condicionamientos constitucionales antes referidos aluden a una igualdad real, no a una igualdad meramente formal o enunciativa que se queda en la norma, sino una igualdad real que es lo que condiciona la realización del estado de derecho.

Por ello, las múltiples causas de vulnerabilidad, o en el caso, la interseccionalidad, deberá ser advertida y apreciada por el juez más allá de la presente redacción del artículo, que como se dijo, no contiene una enumeración taxativa de causas de vulnerabilidad, sino que es simplemente enunciativa y en consecuencia debe ser

interpretada en sentido amplio. Para ello, el operador jurídico de que se trate, juez, fiscal, defensor, asesor, empleado, perito, abogado, auxiliares de la justicia en general, deberán despojarse de prejuicios discriminatorios. Es necesario en ellos la tan mentada “empatía”, utilizada asiduamente por la doctrina que trata la vulnerabilidad, la que debe gravitar fuertemente en relación a estos sujetos procesales. Ello supone dejar de lado la aversión a la pobreza, el asco que puedan producirles los niños abusados, el rechazo que le provoca un anciano, un trabajador migrante o una mujer víctima de violencia de género, por ejemplo.

Artículo 48. Acreditación de la condición de vulnerabilidad. La condición de

vulnerabilidad deberá ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobreviniente, hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior, debiendo acreditarla en grado verosímil. En su caso, el juez deberá ordenar las pruebas que considere necesarias. La parte que conozca o deba conocer, que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad, deberá hacerlo saber al juez en su primera presentación o dentro de los diez (10) días de haber tomado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar a una multa de hasta el valor de 20 (veinte) jus.

Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informarlo. Si, en cualquier etapa del proceso los jueces advirtieren indicios de que se configura la condición de vulnerabilidad, deberán verificarla. Verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso quedará regido por las normas de este Capítulo.

La redacción aparece restrictiva, en tanto estamos hablando de personas que tienen dificultades para hacer valer los derechos que el ordenamiento jurídico consagra para todos los individuos y, que, precisamente por su condición de vulnerable es probable que no sea capaz o se halle impedido de hacerlo en la primera presentación y aún no lo haga en el plazo fijado de 10 días, porque no tomó conciencia nunca de su situación y se trata de la parte interesada a que se refiere la norma. O puede ser que la cuestión de vulnerabilidad surja

posteriormente. Vemos aquí una limitación temporaria innecesaria, que podría sanearse pretorianamente por parte del juzgador, o de otro funcionario que intervenga en el proceso, secretario, asesor, defensor oficial, o empleado judicial, por ejemplo, al conocer de esta situación y atendiendo a la finalidad de este conjunto normativo que es asegurar el acceso a la jurisdicción de los sujetos vulnerables. Esta interpretación es compatible con el párrafo que faculta al Juez a verificar la situación de vulnerabilidad en cualquier etapa del proceso.

Es común que jueces, académicos, profesionales y personas que tratan las vulnerabilidades, invoquen la empatía, sostienen en círculos áulicos que tiene que primar la empatía. Precisamente la empatía tiene que ver con que vamos a encontrarnos con un sujeto que es diferente, que es pobre, que puede ser analfabeto, que es un niño, entonces acá debe aparecer la tan mentada empatía. Ello es necesario porque el artículo dice que la condición de vulnerabilidad tiene que ser alegada por la parte interesada en su primera presentación. Y acá tiene que haber una importante empatía, una importante flexibilización de interpretación del texto legal para que ese límite temporal no se convierta en un escollo, porque precisamente por su condición de vulnerabilidad, puede ser que esa persona no advierta que es una persona en situación de vulnerabilidad y no lo manifieste en la primera presentación. Se incurriría en un excesivo rigor formal si el juez o el operador jurídico del que se trate, hace valer esta limitación temporal a rajatabla. Hay como un juego de palabras que por el principio pro homine, debe interpretarse de manera que brinde una mayor protección al sujeto que se encuentra en inferioridad de condiciones. Como la norma requiere acreditarla en grado verosímil y que el juez puede ordenar la producción de pruebas, algunos jueces ya manifestaron que debe formalizarse un incidente. Sabemos la suerte que corren los incidentes, que se convierten en eternos por la morosidad que puede haber en los estrados judiciales, entonces puede ser que este capítulo se vuelva ilusorio, por el rigorismo formal extremo en la producción de la prueba y otros trámites posteriores. Surge de la norma la sospecha de que el sujeto en condición de vulnerabilidad quiere mentir, que es un mentiroso que quiere aparentar la discapacidad, la pobreza, la salud mental, por ejemplo. Bastaría con convocar a ese sujeto en condición de vulnerabilidad a una audiencia. Se pregona en el foro local que este código propicia la oralidad, que prevalece el trámite por audiencias, que hay que hacer primar la inmediatez, la oficiosidad, la celeridad e impedir la demora, sin embargo aparece en la judicatura la idea de incidentar y producir

pruebas, sin perspectiva de vulnerabilidad. El juez o el funcionario público que fuera, el funcionario del ministerio público, el fiscal, el defensor, el asesor que también están obligados a observar la normativa, deben convocar a una audiencia y comprobar si realmente esta persona se encuentra en condición de vulnerabilidad. No puede partirse de la idea de que el sujeto vulnerable es mentiroso, que simula la o las vulnerabilidades que lo afectan y, en consecuencia, pretender la producción de pruebas irrazonables e, incluso irrealizables o de imposible producción en tiempo oportuno, dilatando el proceso innecesariamente e incluso provocando dispendios jurisdiccionales estériles. Si esto ocurre toda esta normativa será letra muerta, se desvirtuará la finalidad de estas normas al no interpretarla con un sentido amplio y a favor del sujeto vulnerable. Esta actitud no es propia del Juez director del proceso, comprometido con su labor. El segundo párrafo del artículo dice: *“la parte que conozca, o deba conocer que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad deberá hacerlo saber al juez en su primer presentación o dentro de un plazo, dentro de los diez días de haber tomado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar de una multa de hasta al valor de veinte IUS”*. Es una disposición interesante porque la obligación de la contraparte es hacer saber que se encuentra judicializado un sujeto en situación de vulnerabilidad. Es auspicioso que esta carga procesal aparezca en el código, pero nuevamente el plazo es exiguo, por lo antes apuntado y por la posibilidad de que aparezca con posterioridad la afectación. *Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informar*. Nuevamente aparece la sospecha de que el sujeto en condición de vulnerabilidad es mentiroso

El grado de conocimiento que se solicita en ambos casos es el de la verosimilitud, similar al que se requiere para el dictado de medidas cautelares. Exigir certeza implicaría colocar una barrera tal que nos llevaría a contradecir los pilares básicos sobre los que se asientan el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a saber: oficiosidad, pronta solución de las controversias, flexibilización de las formas, colaboración efectiva y adecuada, concentración de los actos, simplificación de las formas, lenguaje claro, entre otros.

La noción de vulnerabilidad no es jurídica y muchas veces da lugar a ambigüedades, sin embargo, está presente en todos los sistemas jurídicos a nivel nacional e internacional.

La acreditación de la vulnerabilidad no debe tramitar por vía de incidente conforme el art. 130 y sgtes. del CPCyC, porque ello además de retrasar el proceso, no atenderá a una cuestión que requiere urgente decisión, como es la de determinar la presencia de un sujeto vulnerables y, sobre todo, ocasionará la duplicación de causas con el consiguiente recargo de tareas para el Poder Judicial, por el estéril dispendio jurisdiccional y personal. Quien así lo dispone parte de la idea de que el sujeto vulnerable es mentiroso, no ha podido despojarse de sus prejuicios. Bastará la realización de una audiencia con el sujeto vulnerable, en la que el Juez podrá comprobar su condición y disponer la consecuente aplicación de este capítulo en el proceso.

Artículo 49. Equipos técnicos interdisciplinarios. *Los tribunales en los que intervengan personas en condición de vulnerabilidad contarán con la asistencia de equipos técnicos interdisciplinarios, debiendo asesorar a los jueces y demás funcionarios en las materias relacionadas con su especialidad, mediante la elaboración de informes y articulando las intervenciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas cuando lo ordene el juez.*

Resulta indiscutible afirmar que el juez conoce el derecho, pero para poder fallar con perspectiva de vulnerabilidad requiere del apoyo de técnicos especializados en distintas disciplinas, psicólogos, psiquiatras, odontólogos, médicos forenses, psicopedagogos, asistentes sociales, pediatras, terapistas familiares y profesionales especializados en gerontología y geriatría, al menos , por la importancia que reviste este órgano colegiado en la tramitación de los procesos con sujetos en condición de vulnerabilidad. Es necesario dotar a los jueces y funcionarios judiciales de la asistencia técnica necesaria para la pronta y calificada resolución de las causas, cumpliendo así con los estándares mínimos de satisfacción de las demandas de los justiciables, en punto a celeridad y eficacia de la tutela judicial. Será requisito que todos ellos cuenten con una probada especialización en la vulnerabilidad de que se trate, debiendo acreditarse la misma para integrar el equipo interdisciplinario.

De acuerdo a la actual organización del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, es el Superior Tribunal de Justicia el encargado de determinar el número de sus integrantes y las especialidades de los mismos. Necesariamente deben conformarse

estos equipos con profesionales de versada capacidad en las disciplinas respectivas, pero además con suficiente capacidad para conducir acciones interdisciplinarias y tener conocimientos de gestión judicial inherente al área.

En cuanto a los deberes y facultades del equipo técnico interdisciplinario, de manera específica, deberían, al menos : 1) Intervenir en los procesos judiciales en los que se solicite y/o se disponga su intervención por los Jueces y funcionarios del Ministerio Público; 2) Asesorar a los Jueces y funcionarios del Ministerio Público en las materias relacionadas con su especialidad; 3) Elaborar informes a solicitud de los Jueces, funcionarios del Ministerio Público y de las partes, en corto plazo; 4) Dirigir sus acciones considerando simultáneamente los distintos contextos en los que se desenvuelve la persona en condición de vulnerabilidad; 5) Constatar el cumplimiento de las medidas dispuestas en relación a sujetos en condición de vulnerabilidad; 6) Prestar contención emocional y atención profesional a las personas en condición de vulnerabilidad en casos de urgencia por disposición del Juez o funcionarios del Ministerio Público Fiscal, Tutelar o de la Defensa, efectuando las articulaciones necesarias con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas que fueren necesarias; 7) Colaborar y/o participar en las diferentes estrategias indicadas por el Juez o el Ministerio Público para la resolución de los conflictos; 8) Evitar la revictimización de las personas involucradas en el proceso, procurando la concentración de actos y evitando emitir juicios de valor o críticas disvaliosas sobre la situación y el comportamiento de la persona en condición de vulnerabilidad; 9) Realizar cualquier otra actividad ordenada por el Juez que sea atinente y compatible con su función; 10) Cumplir con las demás funciones que se les asigne de conformidad con las normativas que se dicten; 11) Actualizar los conocimientos sobre la problemática relativa a personas en condición de vulnerabilidad mediante la capacitación necesaria y continua, la que debe acreditarse; 12) Proponer la derivación a los Servicios Públicos o Privados especializados para el tratamiento y orientación de los casos sometidos a consideración, conforme a su criterio; 13) Intervenir en las diligencias y asistir a las audiencias cuando el Juez o un funcionario lo requiera; 14) Sugerir la derivación a Mediación en los casos en los que considere pertinente, conforme las prescripciones establecidas por la ley de Mediación y de este Código; excepto en casos de violencia familiar y de género; 15) Articular las

intervenciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas de ser necesario.

Este último apartado 15, está inserto en el texto y es de suma importancia y valor para allanar situaciones en las que la labor judicial resulta insuficiente por requerir precisamente de la intervención o asistencia de otros organismos públicos y privados, o de personas que propendan a los fines de paliar, morigerar o contribuir a allanar obstáculos propios de las características de la vulnerabilidad.

Por ejemplo, puede requerirse el auxilio y asistencia de las Universidades Públicas y Privadas del medio, a fin de que aporten sus saberes y aptitudes técnicas ante la falta de especialistas en la materia de que se trate. Precisamente las universidades, según la legislación, tienen que desarrollar actividades de formación, extensión e investigación, por lo que sus aportes serán sumamente valiosos y, en algunos casos, incluso, sin costo para las partes y el Poder Judicial. La propia norma de este artículo lo permite cuando se refiere a “...articulando las intervenciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas...”

Lo propio puede requerirse de otras instituciones y organismos, como de personas especializadas.

Algunas disciplinas generalmente no aparecen en los equipos técnicos interdisciplinarios, como es el caso de odontólogos, psicopedagogos o gerontólogos, especialidades necesarias, por ejemplo, en situaciones extremas como es un incendio o cuando un cuerpo es incinerado para borrar rastros, porque las piezas dentarias son las únicas que permiten identificar a la persona e inclusive ver en qué circunstancias falleció o, en las situaciones de violencia de género, o de violencia intrafamiliar, también es muy interesante lo que puedan aportar los peritos odontólogos. O cuando se está analizando algunos espectros particulares como espectros autistas, espectros de algunos problemas cognitivos o del habla, el asesoramiento de los psicopedagogos es determinante. También debe preverse la intervención de médicos especializados en adultos mayores, que traten las particularidades de los gerontes judicializados, también profesionales formados en perspectiva de género. Puede ser que los cuerpos de peritos del poder judicial o los equipos técnicos interdisciplinarios con los que cuenta el poder

judicial no estén integrados por profesionales de determinadas especialidades como las mencionadas. La propia normativa habilita al juez a poder interactuar con instituciones públicas o privadas, con ONGs, o Asociaciones Civiles e incluso pedir la colaboración de determinados profesionales de los hospitales públicos, o de clínicas privadas, o de alguna asociación que se dedique a investigar o a trabajar determinadas cuestiones que tienen que ver por ejemplo con víctimas de violencia de género, o la protección de niñas niños y adolescentes, o la protección de adultos mayores, de las escuelas que pueden tener equipos de psicopedagogos, psicólogos que traten la violencia escolar, el bullying, etc. Esta norma resulta muy interesante y muy importante para todo el capítulo, porque el código procesal civil y comercial además es de aplicación supletoria en otros procesos, por ejemplo del fuero contencioso administrativo, laboral, en las acciones de amparo, por citar algunos, ya que en cuestiones no previstas en los otros códigos procesales se recurre al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

Artículo 50. Gratuidad de las actuaciones. *Las personas en condiciones de*

vulnerabilidad gozarán de acceso gratuito a la jurisdicción, con los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos, sin necesidad de solicitarlo. La parte contraria y la oficina de recaudación respectiva podrán acreditar su solvencia, en cuyo caso cesará la gratuidad.

Es necesario insistir, no obstante el claro texto de esta norma, que no estamos ante el caso del beneficio de litigar sin gastos, sino en la consagración del beneficio de justicia gratuita que prevén algunas otras normas jurídicas, como la Ley de Defensa del Consumidor en los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 (t.o. según ley 26.361), la Ley de Protección Integral de las Mujeres 26.485, en los arts. 16 Inc.a) y 39, la Ley 26061, conforme surge de los arts. 3 Incs. a y b, 24 y 27²⁴. El presente artículo extiende tal beneficio a todas las situaciones de vulnerabilidad en concordancia con lo dispuesto en la regla 30 de las 100 Reglas de Brasilia que dice: “2. Asistencia de calidad, especializada y gratuita: (30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se

²⁴ Medina, Graciela y Yuba, Gabriela. ”Protección Integral de las Mujeres. Ley 26485 Comentada” .Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2021. Pág. 475 y sgtes.

promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad y confidencialidad de los servicios de asistencia y apoyo técnico-jurídicos de calidad, facilitados por las Administraciones Públicas a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones. Las personas menores de edad cuya madre sea víctima de violencia de género o doméstica, tendrán derecho a medidas de asistencia y protección gratuitas.”

Lograr el acceso a la jurisdicción, implica remover barreras de todo tipo, como eliminar los altos costos económicos requeridos para acceder a los sistemas judiciales y administrativos, por lo que se hace necesario crear redes de articulación de demanda y la prestación de servicios jurídicos gratuitos. La solvencia que haría cesar la gratuidad debe ser razonablemente merituada, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, a fin de ponderar suficientemente el alcance de la misma respecto del sujeto vulnerable judicializado, en tanto este puede poseer bienes, pero no disponer de dinero para atender las necesidades básicas para una vida digna y acorde a sus circunstancias, o contar con ingresos dinerarios, pero estos resultar insuficientes.

En conclusión, la gratuidad de las actuaciones es la regla y, solamente en casos excepcionales, podrá disponerse lo contrario. La oficina de recaudación respectiva, en la actual organización del Poder Judicial de Corrientes es el Área de Recupero y Control de Tasa de Justicia, dependiente de la Secretaría Administrativa del Superior Tribunal de Justicia²⁵.

En la práctica resulta un valladar insalvable el pago de la Tasa de Justicia y demás aportes, que son requeridos para realizar cualquier presentación ante la Mesa Receptora Informatizada de Expedientes, cuyos funcionarios, por disposición reglamentaria no reciben ninguna actuación, sin que se cumpla tal condición. Por ello, pensamos, que en la futura reglamentación a cargo del Superior Tribunal de Justicia deberá disponerse lo necesario para que al inicio de las actuaciones se advierta que se trata de sujetos en condición de vulnerabilidad. Ello, no solamente para la gratuidad de las actuaciones, sino para el trámite que deba darse a la causa respecto de la aplicación de las normas que conforman este capítulo.

²⁵ <https://www.juscorrientes.gov.ar/organigrama/>

Por ejemplo en el caso Cantos, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Argentina es condenada²⁶ por obstruir el acceso a la jurisdicción del actor que era una persona rica, no era pobre. Se trataba de un empresario que por deudas fiscales tenía embargados sus bienes durante mucho tiempo, no podía disponer de dinero efectivo, no podía acceder al circulante, al dinero en sí, y tenía que pagar la tasa de justicia, en base al porcentaje de los bienes reclamados. El porcentaje de la tasa de justicia representaba entre el 0,1% y el 0,3% del capital, aunque era bajo, el caudal del capital que se estaba reclamando en esa situación era de tal magnitud que hacía imposible pagar la tasa de justicia, por resultar un monto altísimo. Entonces no se le permitía entablar la demanda para la recuperación de sus bienes, para realizar la defensa que tenía que realizar, no la podía hacer. La Argentina fue condenada en el caso Cantos precisamente porque no se preveían estas situaciones en las que una persona sin ser pobre no podía acceder a la jurisdicción. Es muy común que esto ocurra en los divorcios, por ejemplo cuando en la división de bienes está en juego un acervo matrimonial importante, de la sociedad conyugal, cuando se calcula el porcentaje a pagar, por ejemplo, por la esposa que está reclamando la mitad de los bienes y que no puede pagar la tasa porque todos los bienes han quedado en posesión del cónyuge, y se calcula fríamente el porcentaje del 0,1%, o el 0,3% sobre todo el acervo de la sociedad conyugal, directamente se le hace imposible reclamar sus derechos a esta mujer. La parte contraria y la oficina de recaudación que es la oficina que depende del Superior Tribunal, una oficina administrativa, *podrá acreditar la solvencia*. Esa oficina va a tener que acreditar que esa persona tiene acceso al dinero suficiente para poder pagar la tasa de justicia, en cuyo caso cesará la gratuidad. Nuevamente aparece el fantasma del sujeto vulnerable mentiroso y la posibilidad de la dilación del proceso y de la satisfacción de las pretensiones.

Artículo 51. Flexibilidad de las formas. *Las formas procesales deben ser flexibilizadas para que se adapten a las condiciones de la persona vulnerable, según la índole de su situación. Hasta la audiencia preliminar podrá modificarse o adecuarse la pretensión cuando resulte evidente que ha sido inicialmente formulada sin suficiente información o asesoramiento en relación a los derechos que asisten a las personas en condiciones de vulnerabilidad. En tal caso el juez deberá arbitrar las medidas para garantizar la bilateralidad.*

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. (Fondo, Reparaciones y Costas)

El texto engloba dos cuestiones diferentes. Una tiene que ver con la flexibilización de las formas procesales y la otra con la posibilidad de modificar o adecuar la pretensión cuando resulta evidente que, por falta de información, no se han petitionado la plenitud de los derechos por los que corresponde accionar judicialmente. Efectivamente en el presente artículo, bajo un mismo título, se regulan dos temas distintos. El primero de ellos está referido a las formalidades que deben cumplirse en los actos procesales, formalidades que podrán ser obviadas o modificadas para poder cumplir con la actuación procesal correspondiente, para no incurrir en dilaciones en el proceso, pero adaptando su ejecución a las condiciones personales del sujeto en situación de vulnerabilidad que deba cumplirlo. Deberán tenerse en consideración cuestiones tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el tipo y el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales.

Un ejemplo es lo actuado por la señora Jueza Civil y Comercial N°: 2 de la ciudad de Corrientes, Dra. Graciela Liliana Lisceiko, en oportunidad de celebrarse una audiencia con la intervención de una persona hipoacúsica, que por tal razón no había desarrollado el lenguaje hablado, por lo que en presencia de la misma recurrió al intercambio de WhatsApp para poder celebrar la audiencia. La doctora Graciela Liliana Lisceiko, le tomó declaración vía Whatsapp. Prescindió del intérprete en lenguaje de señas y logró entrevistar de manera directa y sencilla a su interlocutor, lo que le permitió mayor cercanía e inmediatez en las preguntas y respuestas²⁷.

Con motivo del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio resultante de la Pandemia de Covid 19, se adoptaron diferentes alternativas a las formalidades procesales, para poder dar continuidad a los trámites de los procesos sin transgredir las disposiciones sanitarias, a través de medios tecnológicos como las audiencias por videollamadas y las plataformas de internet, además de WhatsApp y otros medios de comunicación, que pueden ser tenidas en cuenta.

El segundo tema está referido a la posibilidad de modificar o adecuar la pretensión inicial, cuando es evidente que no ha habido suficiente información y asesoramiento acerca de los derechos en juego y de las

²⁷ <http://www.juscorrientes.gov.ar/prensa/toman-audiencia-a-persona-sorda-via-whatsapp/>. Expte. 23468/08, Montiel, Jorge Miguel.-

garantías procesales o vías judiciales para hacerlos valer o restablecerlos, porque la persona no ha peticionado la totalidad de los derechos que le asisten.. Aunque el texto no lo diga, es de suponer que en estos casos el Juez puede actuar de oficio para procurar la tutela judicial efectiva, es decir útil y pertinente para el caso, con la obligación de asegurar la bilateralidad, debiendo correr traslado de la modificación o adecuación dispuesta. Puede ser que en un proceso donde se reclaman determinadas acciones para resguardar bienes en un contexto de violencia de género, o en una separación de hecho o en un divorcio, se obvie la solicitud del pago de alimentos provisorios, o la preservación de la vivienda asiento del hogar conyugal, o la prohibición de acercamiento aun cuando está en riesgo su vida, por falta de conocimiento o asesoramiento previo - la llamada carencia de alfabetización jurídica- y, advertida la parte actora, por el mismo juzgador, su defensor, el asesor de menores, o un funcionario judicial, resuelve ampliar la demanda o formular otras peticiones . En virtud de este artículo ello es posible hasta la celebración de la audiencia preliminar, previo traslado y correcta notificación de lo actuado a la contraria. Resultan de aplicación las Reglas 26 y 27 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Se debe garantizar la bilateralidad, es decir, anoticiar convenientemente a la otra parte que las pretensiones serán ampliadas, modificadas, etc.

Artículo 52. Concentración de actos. *Se adoptarán medidas para concentrar, en lo posible en un mismo día, la realización de los actos procesales en los que debe intervenir la persona en condición de vulnerabilidad, con agilidad y puntualidad.*

La concentración de los actos se justifica en todos los procesos ya sea que participen sujetos vulnerables o no. Ello para evitar dilaciones innecesarias, comparecencias reiteradas e inoficiosas, aplazamientos de audiencias por nimiedades, esperas desmedidas por falta de puntualidad de magistrados, funcionarios, empleados o auxiliares de la justicia, que además repercuten negativamente en la prestación del servicio de justicia por parte del Poder Judicial, con el consabido dispendio de recursos materiales y humanos. En aquellos procesos donde intervienen personas en situación de vulnerabilidad resulta indispensable la concentración de diligencias que prevé este artículo

atento las condiciones personales de los mismos, que amerita un trato preferente y prioritario. Especialmente en el caso de niños, mujeres, personas con discapacidad y personas mayores, deben tenerse en consideración las particularidades del caso, la distancia de sus domicilios, los horarios laborales, la atención de enfermos a su cargo, las patologías que padecen, la privación de libertad, la situación económica, la falta de medios de transporte accesible, etc. Así lo indican además las reglas 68 a 71 de las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, entre otras, que dicen: “Tiempo de la comparecencia: (68) Se procurará que la persona en condición de vulnerabilidad espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente, no obstante para fijar la fecha y hora de las actuaciones judiciales, deberán tomarse en consideración las particulares circunstancias de la persona en condición de vulnerabilidad; entre otras: ubicación y condiciones geográficas del lugar de residencia, distancia con la sede judicial, medios de transporte y horarios de traslado. Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad. (69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona. (70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o el anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable. (71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales en los términos establecidos en la Regla 37.”

Las directrices antes expuestas deben tenerse particularmente en cuenta para hacer efectiva esta disposición legal.

Esto es muy importante para evitar las idas y venidas de las personas a las oficinas judiciales. No puede fijarse un día para la entrevista psicológica, otro día para tomar la testimonial y un día diferente para determinada prueba.

En un solo día, deben concentrarse todos los actos. Esto obviamente demanda un trabajo de organización, de prevención, prever con la debida anticipación todo lo que se precisa y realizar, concentrar en un mismo día todos los actos procesales en los que tenga que intervenir esta persona. Y con algo más: con agilidad y puntualidad. Es decir, vemos a veces que está citada una persona a las ocho y media de la mañana y son las once de la mañana y todavía no se ha concretado el acto procesal de que se trate. Puede ocurrir que esta persona ha solicitado permiso en el trabajo y tiene que volver al mismo, o está apremiada porque tiene que volver a su hogar a atender a un enfermo o a los niños u otras urgencias. Entonces, según el texto expreso la agilidad y puntualidad debe ser observada obligatoriamente por todos los operadores judiciales.

Artículo 53. Asistencia letrada obligatoria. Acompañamiento. *Las personas en*

condición de vulnerabilidad, además de la asistencia letrada obligatoria, podrán

comparecer acompañadas por referentes afectivos o de la comunidad, traductor y del intérprete cultural o lingüístico en su caso.

Las personas en condición de vulnerabilidad, además de la asistencia letrada obligatoria que hace a la garantía del debido proceso, de defensa en juicio, de la bilateralidad y de las condiciones de igualdad, pueden comparecer acompañadas por referentes afectivos o miembros de la comunidad y además por un traductor lingüístico y/o un intérprete cultural en su caso. No refiere la norma a representantes legales, como ser padre, madre, sino referentes afectivos. Ellos pueden ser parientes o no : abuela, tío, amigo, primo, pareja, un vecino, una persona que le inspira confianza para moverse en el ámbito tribunalicio que es un medio hostil y desconocido La comparecencia de referentes afectivos está contemplada en la regla 65 de las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que dice: “También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad”. No es necesario que se trate de un familiar directo, ni aun en el caso de niños, niñas o adolescentes, basta que la presencia brinde la contención emocional necesaria. Aquí

aparece muy oportuna la actividad que despliegan los Facilitadores Judiciales de la OEA, colaborando con los Jueces de Paz en el territorio de la Provincia de Corrientes, a partir del año 2011, oportunidad en que el Superior Tribunal de Justicia en fecha 10 de Agosto de 2011, suscribió el Convenio de Colaboración con la Secretaria General de la OEA para la implementación del Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales de la OEA, del que dan cuenta los Acuerdos 23/2010, Pto. Duodécimo y 30/2011, punto cuarto, mediante el cual los jueces son auxiliados en su labor por los facilitadores de la OEA, antes mencionados. Estos facilitadores acercan a las personas en condición de vulnerabilidad a los juzgados u oficinas judiciales, los acompañan y guían en la tramitación de las causas, a título absolutamente gratuito.

La segunda parte está referida a la presencia de traductores lingüísticos e intérpretes culturales. Los primeros, tienen la función de facilitar la comunicación oral y a veces escrita de los justiciables con los magistrados y funcionarios judiciales, aun cuando los primeros conozcan el castellano como segunda lengua, en tanto tienen derecho a expresarse en la “lengua madre”, es decir la que primero aprendieron. Los segundos, intérpretes culturales, tienen como misión dar el sentido correcto, desde la perspectiva o cosmovisión del sujeto en condición de vulnerabilidad, a las situaciones, personas, lugares y cosas involucradas en el proceso, por cuanto se trata de permitir el acceso a la jurisdicción culturalmente adecuado²⁸. El traductor va a traducir lo lingüísticamente hablado, el intérprete cultural le va a dar contenido y valor a los hechos, a las circunstancias, a los objetos dentro del contexto determinado del proceso de que se trata. Son dos sujetos que cumplen funciones absolutamente diferentes. En las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad encontramos la Regla 32, que dice: “Sección 3ª.- Derecho a intérprete: (32) Se garantizará la asistencia gratuita de una persona intérprete o traductora, cuando quien hubiese de ser interrogada o debiera prestar alguna declaración incluso como testigo, o cuando fuese preciso darle a conocer personalmente alguna resolución o documento, no conozca, no hable o no entienda el idioma utilizado en la actuación judicial respectiva. Este derecho será también aplicable a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral. Las interpretaciones orales o en lengua de signos, deberán ser

²⁸ Moreira, Manuel, “La Constitución y el derecho de los pueblos originarios: el acceso a la justicia culturalmente adecuado”, en “Derecho Constitucional Indígena”. Editorial Contexto. Resistencia, 2012, pág. 267 a 288.

registradas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación, o en su caso documentadas por escrito”.

A su vez el Convenio 169 de la OIT, establece la necesaria presencia de estos auxiliares en todos los procesos en que intervengan personas pertenecientes a pueblos indígenas, bajo pena de nulidad de las actuaciones. En la Provincia de Chaco el Superior Tribunal de Justicia, por Resoluciones N°: 1859/2014 y 2048/2015, creó el Registro Especial de Peritos Traductores e Intérpretes de las tres lenguas oficiales indígenas: Qom, Moqoit y Wichí y creó la oficina de Coordinación Judicial con los pueblos indígenas para la asistencia y relación continua de los organismos judiciales con las comunidades indígenas para la intervención de dicha oficina en las instancias judiciales que los involucre a estos últimos. Considerando las particularidades culturales de la población rural de Corrientes y el gran número de personas que hablan guaraní como primera lengua, esta norma resulta muy beneficiosa y deberá ser observada bajo pena de nulidad, porque se relaciona estrechamente con el derecho a la información de las personas judicializadas y comprende un aspecto sustancial del acceso a la jurisdicción. En la actualidad los jueces para comunicarse con personas que hablan guaraní, recurren a voluntarios que ofician de traductores e intérpretes. En la Provincia de Chaco ya se han dictado sentencias que incluyen párrafos en lengua indígena²⁹.

Artículo 54. Lenguaje. Información. *Los operadores jurídicos deberán utilizar lenguaje sencillo y de fácil comprensión para los actos de comunicación con la persona en condición de vulnerabilidad, evitando emitir juicios de valor o críticas sobre su situación o comportamiento. En la primera oportunidad y durante todo el proceso se le informará al sujeto vulnerable sus derechos y los apoyos que puede recibir. La opinión de la persona en condición de vulnerabilidad deberá ser primordialmente tomada en cuenta y valorada, según las circunstancias del caso.*

El presente artículo, como todos los de este capítulo, está dirigido expresamente a los operadores jurídicos en general. Es decir que tanto magistrados como funcionarios, empleados, abogados, peritos, policías, médicos, enfermeros, etc. deben utilizar un lenguaje

²⁹ <https://www.diarionorte.com/205505-un-juez-chaqueno-incorporo-por-primera-vez-lengua-qom-para-explicar-un-sobreseimiento>. Consulta 15/04/2024.

comprensible en todos los actos que ejecuten y en las disposiciones o resoluciones que dicten. Se procura con este párrafo del artículo que los justiciables tengan cabal comprensión de lo resuelto por los órganos judiciales que deciden cuestiones que se relacionan con su propia existencia, con sus intereses, con la vida, la libertad, el patrimonio, etc., por lo que deben ser suficientemente informados del porqué del ejercicio de esa cuota de poder que transforma sus vidas y para ello el lenguaje es primordial para transmitirlo. Ya es de práctica, sobre todo en la Justicia de Paz, la inserción en el texto de las resoluciones judiciales de un párrafo redactado en lenguaje sencillo dirigido a un sujeto vulnerable³⁰. En otros casos se redacta una adenda o separata anexa a la resolución o sentencia ³¹. También hay antecedentes en igual sentido en la provincia de Chaco³².

La prohibición de emitir juicios de valor, críticas o comentarios tiene que ver con la dignidad de las personas en general, con el derecho a la intimidad, a la preservación de la integridad personal y quien incurra en tales conductas comete falta grave que deberá ser sancionada. Esta prohibición, como el derecho a la información sobre los derechos que le asisten y los apoyos que puede recibir, se relacionan directamente con el derecho de acceso a la jurisdicción tal cual se explicó anteriormente y, especialmente se tratan de preceptos contenidos en textos constitucionales y convencionales, también antes referidos.

Los operadores jurídicos deben utilizar lenguaje sencillo y de fácil comprensión para los actos de comunicación con la persona en condición de vulnerabilidad. Un lenguaje sencillo, comprensible, pero además tienen que evitar emitir juicios de valor o críticas sobre su situación o comportamiento. Las burlas, el hablar peyorativamente, emitir juicios de valor sobre los justiciables está absolutamente prohibido. En la primera oportunidad durante todo el proceso se le debe informar al sujeto vulnerable los derechos y los apoyos que puede recibir. Por lo tanto también, qué rol está cumpliendo dentro de ese proceso y qué implicancias va a tener su actuación dentro del mismo. Además se establece que la opinión de la persona en

³⁰ Juez de Paz Letrado de Mburucuyá, Corrientes. Sergio Shwoihort. Expte.10055/20

³¹ Juzgado de Paz de Berón de Astrada, Corrientes, Juez Dr. José Osvaldo Ledesma. Expte. 2221/1 "G.N.I. S/ Exposición (Solicitud de Conciliación –Alimentos) Sentencia N°: 8 del 31/05/2021.

³² Juzgado de Juan José Castelli, Chaco. Juez, Gonzalo García Veritá, en autos "C.C.S. S/ JUICIO", Expte. N23/20, tramitada ante este Juzgado de Niñez Adolescencia y Familia N1,

condición de vulnerabilidad deberá ser primordialmente tomada en cuenta y valorada según las circunstancias del caso, es decir, se debe atender lo expresado al momento de decidir.

Artículo 55. Tribunal. Traslado. *El juez o los funcionarios judiciales deberán trasladarse al lugar donde se encuentren las personas en condiciones de vulnerabilidad cuando las circunstancias lo exijan y disponer todas las medidas necesarias para facilitar la accesibilidad, disponiendo el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) más adecuadas.*

El texto es imperativo al utilizar el término “deben”. Es decir que no se trata de una posibilidad de trasladarse, sino que señala que los jueces y funcionarios están obligados a hacerlo cuando las circunstancias lo ameritan. Si bien actualmente en la práctica los Magistrados y funcionarios, asiduamente se trasladan a los lugares donde se encuentran las personas en situación de vulnerabilidad o a zonas de difícil acceso y tránsito, para cumplir actos procesales, la existencia de una norma expresa que regule tal proceder como un deber, cuando las circunstancias lo exijan, asegura la inmediación, la actuación judicial y en consecuencia el acceso a la jurisdicción en todos los casos en que se den circunstancias en las que de otro modo la actuación del Poder Judicial en procura de salvaguardar derechos no será posible.

En cuanto al uso de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) más adecuadas, dada esta redacción en sentido amplio, permite colegir que los operadores judiciales y las partes, podrán optar por aquellas que resulten adecuadas a las situaciones propias de cada caso, de cada persona y sus circunstancias, como a las disponibilidades tecnológicas del lugar. Con motivo de la Pandemia por Covid 19 y las medidas sanitarias restrictivas dispuestas por las autoridades competentes, se ha generalizado el uso de las plataformas digitales, las videoconferencias, videollamadas, comunicaciones por WhatsApp y otros medios tecnológicos de comunicación, para la realización de diligencias judiciales en general y presentación de escritos. Esta práctica, que ha dado buenos resultados, evitando los costos e incomodidades de traslado de las personas alejadas de los centros urbanos, o que, por alguna situación personal, de vulnerabilidad u otra circunstancia, no puede acudir a los estrados judiciales, facilita la accesibilidad. La redacción amplia permite la elección del medio más

adecuado a las circunstancias y a la condición de vulnerabilidad del o los justiciables.

En lo que nos ocupa, acceso a la jurisdicción de personas en condición de vulnerabilidad, Corrientes se convirtió así en la primera provincia argentina en incorporar reglas procesales específicas referidas a los mismos y su intervención en los procesos judiciales, de modo de asegurar el acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad, mandato constitucional y convencional del estado de derecho. Estas normas deben ser interpretadas con perspectiva de vulnerabilidad.

Este Capítulo encuentra su razón de ser en una realidad innegable: “*Se trata del grupo de personas que por sus características particulares son más susceptibles a los daños que provoca la sociedad, los que están más desprotegidos en todos los aspectos*”, como bien expresara Carmen Argibay³³.

Conclusión: El presente capítulo, coloca a Corrientes a la vanguardia de la regulación de los procesos judiciales en los que intervienen personas en condición de vulnerabilidad, en tanto es la única Provincia de la República Argentina que ha insertado dentro del Código Procesal Civil y Comercial, inclusive de aplicación supletoria a otros procesos, preceptos de rango constitucional y convencional, cumpliendo así mandatos constitucionales expresos y compromisos internacionales voluntariamente asumidos por la República Argentina, que obligan a adecuar el derecho interno a los estándares mínimos de actuación, fijados por el Corpus Iuris de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos. La finalidad de estas normas adjetivas es lograr la igualdad real y no meramente formal de las partes en el proceso que es la garantía necesaria del debido proceso por mandato constitucional y convencional y con ello concretar el derecho humano de acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad de todas las personas. Mediante estas reformas se atenuarán las desigualdades naturales dadas por la edad, el género, una etnia minoritaria y las discapacidades, entre otras, como también las desigualdades estructurales, como situaciones de violencia, pobreza, analfabetismo, desempleo, abusos, etc. que

³³ Argigay, Carmen, Prólogo en “Vulnerables”. Fundejus .Edit. Lojouane. Bs As 2011. Página 11.

impiden la igualdad de trato y de oportunidades en las instancias judiciales y poder lograr la “igualdad de armas”.

Bibliografía:

- Albanese, Susana. “*Garantías Judiciales: Algunos Requisitos del Debido Proceso Legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” – Ediar – 2007 – Segunda Edición.
- Altabe, Martha Helia “*Operatividad de las 100 Reglas de Brasilia respecto de los Pueblos Indígenas*”, en “*Derecho Constitucional Indígena*”. Obra Colectiva. Editorial Contexto. Resistencia, Noviembre 2012.
- Asociación de Mujeres Jueces de Argentina –AMJA “*Derechos Humanos y Colectivos Vulnerables*” Obra Colectiva –Editorial Contexto.2021
- Basset, Ursula C., “*Tratado de la Vulnerabilidad*” Edit. La Ley 2017.
- Bender, Débora B. Coordinadora. “*Vulnerables*”. Obra Colectiva. Fundejus. Editorial Lajouane. Bs. As. 2011.
- Bidart Campos, Germán. “*Manual de la Constitución Nacional Reformada*” .Tomo II, Edit. EDIAR, 1997.
- Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz – compiladoras “*Acceso a la Justicia Como Garantía de Igualdad: Instituciones, Actores y Experiencias Comparadas*” – Obra colectiva– Editorial Biblos – Ed. 2006.
- Cappeletti, M. y Garth, B.,” *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*”, trad. Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Chiarotti, Susana y Della Siega; Viviana- “*Chaco, a 7 años del caso LNP-Logros y obstáculos en materia de violencia contra las Mujeres*”. -Publicación del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM e Instituto de Genero, Derecho y Desarrollo- INSGENAR-Rosario-Argentina-Diciembre 2014.-

- Fernández Valle, Mariano “ *El acceso a la Justicia de los Sectores en Desventaja Económica y Social* “, en la Obra Colectiva “El acceso a la Justicia como Garantía de Igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas”. Editorial Biblos. Colección Identidad, Mujer y Derecho .Bs. As 2006
- Medina, Graciela y Yuba, Gabriela. “*Protección Integral de las Mujeres. Ley 26485 Comentada*”. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2021.
- Midón, Marcelo Sebastián (director) Di Bernardo, María Valeria (coordinadora) Obra Colectiva. “*Nuevo Proceso Civil del Taragüi*”.Edit.Contexto.2021
- Moreira, Manuel, “*La Constitución y el derecho de los pueblos originarios: el acceso a la justicia culturalmente adecuado*”, en “*Derecho Constitucional Indígena*”. Editorial Contexto. Resistencia, 2012.
- Paz, Enrique César. “*Normas Jurídicas y Operatividad en las 100 Reglas de Brasilia*”.Edit. Contexto. Resistencia Noviembre 2015

Personas en situación de vulnerabilidad en razón de su discapacidad. La excepcionalidad de las restricciones y algunos aportes en materia de designación de apoyos

Ana Carolina Santi

El lema escogido para estas Jornadas de derecho judicial descubre un campo de estudio enorme y apasionante. Pensar qué nuevos desafíos nos presenta como juristas la realidad en la que vivimos y cómo pensar herramientas que permitan utilizar el derecho para que, en justicia, cada persona pueda atravesar y superar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra, implica adentrarnos en el motivo de nuestra vocación, de nuestro llamado a abrazar esta profesión.

Recordaba SS Juan Pablo II que “La centralidad de la persona humana en el derecho se expresa eficazmente en el aforismo clásico: *hominum causa omne ius constitutum est*. Esto quiere decir que el derecho es tal si pone como su fundamento al hombre en su verdad, y en la medida en que lo haga”¹.

¹ Juan Pablo II. En el discurso a los participantes en el Simposio *Evangelium Vitae* y Derecho Discurso de 24 de mayo de 1996, punto n° 4 En: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1996/may/documents/hf_jp-ii_spe_19960524_evangelium-diritto.html

En esta oportunidad, en el marco del panel de “La vulnerabilidad en el derecho de familia y de las personas”, me detendré en el tema de la capacidad jurídica y en la situación de vulnerabilidad que atraviesan las personas en relación a su [dis]capacidad y lo planteo con esta forma de escritura porque creo que aquí es necesario poner el foco en la capacidad de la persona, en su potencial y en la excepcionalidad de las restricciones.

Para este somero análisis, partiré de las dos primeras reglas generales que rigen la restricción a la capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial e intentaré sacar algunas conclusiones en base a la aplicación práctica y jurisprudencial de las mismas.

La regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial reconoce en el artículo 22 que “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”, asimismo, dispone en el artículo siguiente que “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

Es decir que la presunción de la capacidad es el principio general en la materia y sólo la ley o una sentencia judicial puede, en determinados casos, teniendo en cuenta la situación concreta de la persona, limitar su capacidad para actos determinados.

Ello se ve reflejado, a su vez, en el artículo 31 del Código Civil y Comercial que establece las reglas generales para la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, recogiendo los mandatos de la Convención sobre los Derechos de la persona con discapacidad (CDPD) aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2006, ratificada por nuestro país por Ley N° 26.378 (2008) y elevada a jerarquía constitucional -junto a su protocolo facultativo- por Ley N° 27.044 (2014). Sobre todo, en las dos primeras reglas que establecen: “a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”, y “b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”.

La centralidad de la persona y su dignidad inherente campean como fundamento último de estas disposiciones, coherente con lo dispuesto en el artículo 3 CDPD, que trata como el primero de los principios generales de la Convención “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

Con ese norte, el artículo 32 del Código Civil y Comercial dispone que “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones

con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Esta disposición, que pone en el centro a la persona concreta y su situación se enmarca en un contexto más amplio que indica la corresponsabilidad del Estado en bregar por el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, conforme lo dispuesto en el rico y extenso artículo 12 de la CDPD, que trata sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley.

Es decir que, como tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos “no basta 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, como la discapacidad”²

² Furlán y Familiares Vs. Argentina (2012), Caso ante la Corte IDH Serie C No. 246, punto 134.

Aplicaciones jurisprudenciales de lo expuesto.

En orden a la excepcionalidad de la restricción citaré, entre muchos, tres casos concretos:

En primer lugar, citaré un caso resuelto por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en el que se hizo lugar a un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensora oficial titular de la Unidad Funcional de Defensa Civil n° 14, especializada en Salud Mental -en su carácter de abogada del señor I. G. G- y en consecuencia se deja sin efecto una sentencia en la que se había avanzado en la restricción de derechos personalísimos de una persona, en el marco de un proceso de determinación de la capacidad jurídica, sin prueba específica de la necesidad de tal restricción.

Destacó la Suprema Corte que en la sentencia en crisis el Tribunal de alzada confirmó el fallo de origen que “estableció que el señor I. G. G. no podrá realizar por sí solo ciertos actos, entre los cuales se mencionó contraer matrimonio, votar, ingresar a una comunidad religiosa, autorizar el uso de su imagen para fines comerciales o públicos, autorizar la donación de sus órganos y cualquier intervención quirúrgica o estudio médico que conlleve riesgo para sí”.

Así también, valoró que “para restringir válidamente tales derechos y actos personalísimos debió determinarse que el señor G. carecía de capacidad para dichos actos específicos a través de evaluaciones que brindaran razones concretas por las cuales no se encontraba en condiciones de ejercerlos, ni aun con alguna medida de

apoyo que lo permitiera sin sustituir su voluntad (conf. CSJN., fallo cit.). No obstante lo expuesto, de las conclusiones arribadas en los informes interdisciplinarios de fs. 28/29 y ambiental de fs. 31/32 vta. no surge la limitación de tales derechos, ni tampoco se infiere la restricción para su ejercicio en forma concluyente de su contenido, pues nótese en el informe interdisciplinario aludido que cuando los facultativos hacen referencia al ejercicio del derecho a votar por parte de I., se limitan a expresar que: "Ha votado, esto no significa que se halle intelectualmente capacitado para ello...", no incluyéndolo posteriormente en sus conclusiones como uno de los actos que aquél no puede efectuar debido al cuadro psicopatológico de Retraso Mental Moderado y Epilepsia que padece. (del voto del Dr. Genoud)

Analizó, asimismo, el Dr. Torres en su voto que "tal como señala el señor Procurador General en su dictamen de fs. 189/193, "...en desmedro de los principios que emergen de la capacidad plena de todo individuo, cuya afectación deber ser evaluada con criterio restricto y sus limitaciones determinadas específicamente (doctr. causa C. 115.091, 'D., E.J. Insania y Curatela', sent. del 3-4-2014), se restringió sin sustento fáctico alguno el ejercicio de la capacidad de I. respecto de derechos y actos personalísimos" siendo que "...para tal restricción, no basta con tener por acreditada la necesidad de apoyo en la toma de decisiones para otros actos establecidos en la sentencia" (fs. 191 vta. y 192).

Agregó "Como se denuncia en el recurso obrante a fs. 110/127, las restricciones a la capacidad para el ejercicio de derechos o actos personalísimos confirmadas por el Tribunal de Alzada, que no han sido

fundamentadas ni encuentran sustento en las constancias de la causa, incumplen con la obligación legal vigente de que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible (art. 38, Cód. Civ. y Com.)”. En consecuencia, resolvió “hacer lugar al recurso extraordinario y devolver los autos a la instancia de origen a fin de que se dejen sin efecto las restricciones a la capacidad decretadas sin sustento probatorio, se fijen las condiciones de validez de los actos sujetos a restricción, se indique la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación, conforme a lo normado por el art. 38 del Código Civil y Comercial”³.

De este fallo se desprende la necesidad de realizar un correcto examen interdisciplinario a fin de evaluar qué actos concretos son los que una persona no puede realizar sin un apoyo y establecer la modalidad y alcance concreto de la actuación del este último para evaluar la validez de los actos que se celebren.

En segundo lugar, citaré un caso resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Azul que, en un buen fallo; dejó en claro que no debe restringirse la capacidad solamente en razón de la vejez⁴. El fallo es del 21 de abril de 2020, y el caso era el siguiente: una señora de 90 años viuda tiene 2 hijas: **A**, que vivía con ella y la atendía, junto a su familia y **H** que vivía en otra ciudad y había solicitado la declaración de incapacidad de su madre por

³ SCBA, Causa C. 123.112, "G., I. G. s/ Determinación de la capacidad jurídica“, del 29/4/2020. En www.juba.gov.ar

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, autos «S., I. R. S/ INHABILITACIÓN» (Causa N° 1-64971-2019), fallo del 21/4/20.

haber realizado actos patrimoniales sin que el dinero ingrese a su patrimonio.

El Juez no hizo lugar a lo solicitado fundado en tres pilares importantes: la entrevista personal, la pericia interdisciplinaria y el informe social.

De la entrevista personal pudo apreciar que la señora conocía perfectamente la conformación de su patrimonio y el acto de disposición que realizó (venta de un campo) para comprarse una casita en Necochea. Era consciente también de su ingreso de pensión más el alquiler de un departamento, por lo que patrimonialmente no necesitaba ningún apoyo.

Del informe social surgía que la señora vivía con A. muy integrada a su familia y con su nieta, en un clima de armonía y contención afectiva con el que la señora se sentía cómoda y querida.

De la pericia surgía que la señora tiene cierta declinación por su edad, pero no patológica.

La sentencia rechazó la demanda expresando que no existían en autos elementos que justificaran limitar la capacidad general de la causante. Asimismo, ponderó que, “no obstante ello, es su hija A. quien puede acompañar a la Sra. S. en la toma de las decisiones requeridas para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general, pero que ello ha de ser con carácter extrajudicial pues las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y de las constancias obrantes en el sub-lite no se desprende la necesidad de nombrar una figura de apoyo judicial (conf. arts. 31 inc b), 43 y cc del

Código Civil y Comercial). Se ha señalado que el empleo de este recurso como respuesta unitaria y masificadora, deviene en una discriminación negativa de cada sujeto individual que no permite la diferenciación entre los distintos estadios del envejecimiento, la particularidad de cada persona y los diferentes procesos evolutivos (ver Dabove, María Isolina, “Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas”, en Revista Latinoamericana de Bioética, 16(1), 2016, págs. 38/59, <http://dx.doi.org/10.18359/rubi.1440>)...”Es así que la llegada a un estadio etario como consecuencia del cual la persona requiere contención familiar y atención médica, no significa la inevitable ubicación de sus derechos dentro un proceso tutelar y su sustitución por terceros. Por el contrario, las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil, en tanto, de ser así, la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad (Tribunal Superior de España, Sala Civil, fallo del 27.10.1995; Cámara Civil y Comercial, Paraná, sala 2, en Zeus, 12-J-116, no 1892; Fernández, Silvia, “Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad. Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil Argentino”, en Revista de Derecho Privado, Ediciones Infojus, SAIJ (Sistema Argentino de Información Jurídica, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), Año I, Nro.2, 2014, cita online: DACF120180”).

En base a todo ello, resolvió: “Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la demanda incoada con el objeto de que se restrinja la capacidad jurídica de la madre de la

actora, en los términos previstos por los arts. 32, 34 y cctes. del CCivCom., porque de los informes interdisciplinarios realizados surge que la causante no padece una alteración mental de gravedad que le impida u obstaculice el autogobierno, sino que en realidad presenta las declinaciones físicas y psíquicas propias de una ‘vejez no patológica’, y que si bien, en atención a la etapa de envejecimiento en que se encuentra, requiere de ciertos cuidados para la plena satisfacción de sus necesidades -dependencia ésta que, de ningún modo puede asimilarse a incapacidad en sentido jurídico-, cuenta en los hechos con una red familiar de contención a dichos fines”... “No habría que considerar que en todos los casos el envejecimiento y el posible menoscabo de habilidades físicas, mentales o sociales implican necesariamente que esa persona ha perdido su discernimiento”.

El tercer caso da cuenta de la excepcionalidad de la restricción en las posibles modificaciones de la situación de la persona en el tiempo, resultando éste el sentido de la revisión periódica (en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado), dispuesta por el art. 40 CCC.

La revisión de las sentencias que restringen la capacidad jurídica o que decretan la incapacidad es un derecho de la persona coherente con la concepción interdisciplinaria de la salud mental y con el modelo social de la discapacidad; ello por cuanto el proceso salud/enfermedad es esencialmente dinámico y obliga a la magistratura a revisar las restricciones de la capacidad jurídica impuestas a una persona de manera de determinar si, conforme las constancias de lo actuado en la

etapa de revisión, se mantienen las circunstancias que determinaron la restricción de la capacidad o, si por el contrario, han existido mejoras en su estado de salud que requieran de una decisión distinta⁵

El caso a que me refiero es el de un joven diagnosticado con un Síndrome de Down leve, respecto del cual se acreditó su capacidad para vivir autónomamente. Se ha resuelto: “Cabe disponer la rehabilitación de un joven que presenta síndrome de Down mosaico, que conlleva un retraso mental leve, a quien le había sido limitada la capacidad bajo el régimen del antiguo Código Civil, dado que la patología que presenta no interfiere en su cotidianeidad, ni genera una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad por sí mismo.

Se destaca que tiene un desempeño independiente en su vida, realiza viajes, trabaja, hace actividades comerciales, sociabiliza, vive solo sin inconvenientes y, además, cuenta con distintos referentes a quienes puede acudir en caso de precisar ayuda”⁶.

Entonces, tenemos hasta aquí que la restricción debe ser excepcional, por el menor tiempo posible y, aclara la última parte de la segunda regla citada (inc. b del art. 31 inc. b) CCC in fine), “siempre en beneficio de la persona”. Esta última afirmación se relaciona directamente con el sistema de apoyos que debe designarse para los actos que se restringen y en cómo éstos han de actuar.

⁵ Cámara de Apelaciones de Viedma “D. S. G. U. V s/ proceso sobre capacidad”, del 8 de marzo de 2023. En: MJ-JU-M-143207-AR|MJJ143207|MJJ143207

⁶ Juz. Nac. en lo Civ. N° 84, CABA, “S., F. A. s/ determinación de la capacidad”, 21/5/23. En: Id SAIJ: FA23020019.

En este aspecto existe una deuda enorme en relación a la precisión del lenguaje en las sentencias de determinación de la capacidad jurídica, a la escucha activa para que el interesado pueda expresar su voluntad acerca de quién ha de ejercer su apoyo y en la delimitación precisa de los actos que requieren la asistencia de un apoyo como así también la modalidad de actuación de éste último para que la designación resulte efectivamente en beneficio de la persona.

En este sentido, la Observación General N° 1 se dedica específicamente al tema de la capacidad jurídica pero no especifica cómo debe ser el apoyo, sino que este es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Y aclara que “las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confían para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse” (número 17)⁷.

⁷ Resulta necesario aclarar que los sistemas de apoyo no se identifican necesariamente con personas físicas —aunque en los ejemplos citados en el presente trabajo lo son—. La misma observación general N° 1, en el punto 17 advierte que “El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes

En cuanto a la precisión del lenguaje , no sólo me refiero al lenguaje claro que debe primar en las sentencias y en la necesidad de que sea comprensible por la persona destinataria en la medida de sus posibilidades, sino que, además, a que existen muchísimas sentencias que a pesar de transcribir las pericias interdisciplinarias que dan cuenta de la posibilidad de la persona de comunicarse y de la capacidad conservada de ésta, declaran su “incapacidad” y le designan un curador definitivo o un apoyo sin discriminar los actos para los que se requiere su designación ni el carácter de su actuación.

Es cierto que lo importante es la mirada, el trato y, en definitiva, las consecuencias prácticas de las resoluciones judiciales pero la precisión en el lenguaje trae claridad y respeto por la situación que se contempla y decide. Por ello, siempre es necesario recordar las dos primeras reglas del art. 31 CCC: la capacidad se presume, es la regla y la declaración de incapacidad con la consiguiente designación de un curador definitivo es un supuesto sumamente excepcional (art. 32 in fine CCC); y la limitación es de carácter excepcional.

En relación a la importancia de la escucha de la persona para la designación de un apoyo o una red de apoyos, resulta ilustrativo un caso del Departamento Judicial La Plata, en que la sala II de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial resolvió “... Entiendo que debe revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto designa curadora definitiva del Sr. P. a la Sra. Curadora Oficial de Alienados, debiendo en la instancia de origen, previa audiencia con el interesado ,

utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias...”.

determinarse la modalidad y extensión del apoyo requerido, así como la persona en la que recaerá dicha tarea, garantizando el derecho del causante de elegir y proponer al juez su Sistema de apoyo para la toma de decisiones...”⁸

En orden a la posibilidad de cumplimiento de la sentencia, es decir, a que el sistema de apoyo designado efectivamente pueda serlo en beneficio de la persona concreta, puede mencionarse un caso en que a una curaduría oficial se la había designado para acompañar a una persona con discapacidad en todos los actos de su vida diaria siendo que la sede de la dependencia distaba en varios kilómetros del lugar de su residencia. Advertido esto por la Cámara de Apelaciones, se hizo lugar parcialmente al recurso interpuesto⁹ y se expuso que “El sistema de Curadurías Oficiales -en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Ministerio Público de la Nación (Ley 27149, 2015)-, fue diseñado y reglamentado en tiempos en que tenía plena hegemonía el modelo de sustitución donde el concepto de accesibilidad no estaba presente. Por ejemplo, cuestiones de distancia territorial ente la sede de la Curaduría y la residencia efectiva de la PCDM, no eran pensadas -como lo son hoy- en términos de barreras limitantes de la accesibilidad. Tampoco era necesaria la relación de confianza, que sólo se podrá generar estando presente el principio de intermediación entre la PCDM y el Curador con funciones de apoyo. Estas y otras cuestiones, deben ser consideradas porque a

⁸ Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II, de La Plata, causa 262.490 “P., A. J. S/ Determinación de la capacidad Jurídica, 21 de abril de 2016 (inédita).

⁹Cám. de Ap en lo Civ y Com de Morón, sala 3º; autos F., L. E. S/DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURIDICA, del 24/8/21 (inédita).

diferencia del curador con funciones de representación o de asistencia del derogado código civil, que tenía una intervención focalizada en el momento de celebración del acto jurídico, ahora en cambio el apoyo atiende a instancias previas, tiene por fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró tomar una decisión razonada, no estar presente en el momento de celebración del acto. (Fernández, 2015, p. 115) ..."

Por tanto, en ese caso, si bien se mantuvo la designación de la curaduría oficial para varios actos, se lo hizo con la salvedad de que los cuidados diarios del Sr. F. deberían ser canalizados mediante un dispositivo a determinar por el Equipo Técnico del juzgado de origen a fin de respetar sus derechos mediante un abordaje posible y concreto, dado que la normativa vigente permite la conformación de un sistema de apoyos plural procurar el mayor bienestar de la persona vulnerable.

Para concluir, es bueno resaltar que existen ocasiones en que la persona es el centro de la decisión, es mirada realmente como sujeto de derecho y se intenta implementar para ella la mejor red de apoyos posible, en razón de sus necesidades concretas.

Es el caso de una sentencia que leí hace poco –entre muchas otras- en las que la persona ha asumido un rol protagónico en la decisión¹⁰.

¹⁰ Juzgado de Familia N° 5 del Departamento Judicial de La Plata, autos "H., M. C. S/ DETERMINACION DE LACAPACIDAD JURIDICA - 25.997/2010", fallo del 23 de mayo de 2023 (inérita).

Se relata detalladamente en la sentencia la audiencia de toma de contacto con la joven, que concurrió con su madre y de allí se evaluó su situación concreta, el centro de día al que concurría y los afectos que le daban contención. Se hace hincapié, también, y se deja registro de que a la joven C. le gusta la música e ir al centro de día y que cuando no va se aburre y lo extraña. Se expresa que “en el acto, C. asentía con su cabeza”.

Se aclara entonces “Desde este abordaje, creo que es necesario decir que la vida diaria de C., sus capacidades, sus anhelos y proyectos, no sufrirá modificaciones a partir de esta sentencia. Al contrario, sus deseos, sus gustos por la música, por el baile junto a su banda, su participación en los talleres de cocina, da muestras claras de los actos que puede realizar autónomamente y sobre los cuales la decisión judicial no va a avanzar.

Sí, se le brindará un apoyo que no persigue restringir sus actividades, sino promover su autonomía y potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de sus derechos”.

Luego de determinar los actos para los que presentaba dificultades, se puede leer: “Por todo lo expuesto FALLO:

1º) En función de lo normado por el art. 40 del Código Civil y Comercial, proceder a la revisión de la sentencia demérito recaída en autos y restringir, en forma parcial, las capacidades de C. H., con DNI..., nacida el en La Plata, Provincia de Buenos Aires, C. presenta un cuadro compatible con "Retraso Mental Moderado". Su enfermedad data de su nacimiento. Requiere tratamiento psiquiátrico y de

rehabilitación en el Centro de Día ..., como el que realiza en la actualidad.

2º) Mantener el Sistema de Apoyos para la realización de los actos que por sí no puede ejercer la causante, que será desempeñado - en forma plural- conforme al siguiente detalle:

a. La Sra. Curadora Oficial Departamental, ejercerá el sistema de apoyo del siguiente modo: por asistencia de la causante en todas las cuestiones que se relacionen actos jurídicos de administración complejas" ...; por asistencia y asesoramiento respecto de los "actos de disposición" ...; apoyo por asistencia en la intervención en juicios de la causante, en aras de asegurar su debido ejercicio. Ejercerá a su turno el sistema de apoyo para la tramitación de los haberes previsionales y/o asistenciales ante las autoridades administrativas correspondientes...

La nombrada funcionaria deberá rendir cuentas de su actuación semestralmente, adjuntando documentación respaldatoria de los gastos realizados en beneficio del paciente para su posterior análisis por el suscripto.

b. La Sra. E. (Mamá de la causante), las autoridades del Centro de día ...y el Equipo de Salud del Hospital Neuropsiquiátrico A. Korn (Consultorios Externos), también actuarán como apoyo de C....

En el caso del Centro de día ..., sus autoridades, brindarán asistencia en los recursos sociosanitarios necesarios en la atención y cuidado de C.

El Equipo de Salud tratante de C. (Consultorios Externos – Hospital Alejandro Korn), brindará la atención cobertura en la salud

que requiera la causante. Todo ello, deberá realizarse brindando los informes correspondientes que así lo acrediten, el que adjuntarán en forma trimestral a este Juzgado.

La mamá de C. se encontrará a cargo del apoyo y asistencia de su hija, en cuanto atañe a las actividades de la vida diaria, esto es, alimentación, vestimenta, aseo y demás cuestiones vinculadas a su cotidianeidad. Asimismo, continuará percibiendo los haberes previsionales de Cecilia en forma mensual, tal como lo realiza en la actualidad.

3°) Respecto de los derechos personalísimos, en caso que el causante exprese su deseo de ejercerlos, déjese establecido que ello merecerá un particular abordaje en autos con intervención de los Peritos del CTA del Juzgado...”.

Resulta algo extensa la cita, pero creo que vale la pena. Es una pequeña muestra de la importancia de la intermediación, de la valoración de qué es lo mejor para una persona concreta (aquí volvemos al principio de este trabajo: qué herramientas de las que nos proporciona el derecho pueden, en el caso concreto, contribuir a mejorar la vida de la persona en situación de vulnerabilidad), de la escucha activa (a través de sus gestos, incluso), de qué es lo que la anima y conmueve, qué es importante para ella y quiénes son importantes para ella y el transmitirle con tranquilidad que eso no va a variar, sino que se va a fortalecer y de qué modo se hará.

Conclusión:

Los desafíos que tenemos por delante en esta materia son muchísimos y no se agotan con los temas desarrollados, pero podemos –de lo expuesto al menos- concluir con algunas premisas urgentes:

1) Es necesario, en todos los ámbitos y particularmente en los procesos de determinación de la capacidad jurídica, implementar una escucha activa, poner el foco en la persona como centro del proceso y bregar para no se pierda la intermediación con quien decide.

2) Cuidar que la evaluación interdisciplinaria en los procesos de determinación de la capacidad sea precisa y que las sentencias den cuenta de los actos que necesariamente requieren de un apoyo y su modalidad de actuación.

3) Construir redes o sistemas de apoyo que proporcionen, de modo práctico y cumplible, los pilares necesarios para que la persona que se encuentra en una situación de discapacidad pueda vivir con la mayor autonomía posible.

4) Tener en cuenta las especificidades de cada persona, única e irrepetible, a la hora de pensar y sostener apoyos para el ejercicio de su capacidad.

5) Trabajar con la familia y el núcleo ampliado o entorno de la persona en situación de discapacidad. Ponerse al servicio, colaborar y fortalecer –cada uno desde sus responsabilidades y posibilidades- a las familias atravesadas por una situación de discapacidad, para que puedan acoger y valorar las capacidades conservadas, las destrezas, las cualidades, las posibilidades de la persona con discapacidad, coadyuvando a su integración plena en la sociedad.

6) Reivindicar la importancia de la capacitación en la materia en todos los ámbitos y estamentos de la sociedad, ya que nos toca a todos asumir el compromiso de responder a las necesidades del otro y de procurar la igualdad real de las personas.

La capacitación en las carreras de Especialización y Maestría en Magistratura y Gestión Judicial en Mendoza

María Gabriela Abalos

I. Las carreras de Especialización y Maestría en Magistratura y Gestión Judicial organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, más la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza en asocio con el Poder Judicial de Mendoza tienen su inicio a principios del año 2006, dictándose en forma ininterrumpida hasta la fecha en las sedes de ambas Universidades a razón de una cohorte en cada una, cursándose en este 2024 la décima cohorte.

A. En cuanto a sus antecedentes cabe destacar que en 1996, la Suprema Corte de Justicia provincial concreta la iniciativa de crear el Centro de Capacitación e Investigaciones Judiciales “Dr. Manuel A. Saez” dentro de dicho Poder, mediante la Acordada no. 14.390. Es la misma Corte la impulsora pero respondiendo a lo que los propios jueces pensaron, idearon y de alguna forma diagnosticaron como una necesidad. Este es un antecedente muy importante, porque a partir de dicho Centro se va produciendo una movilización de jueces interesados en su propia capacitación. Los principales objetivos de dicho Centro tienen que ver con la eficiente y la independiente judicial a través del perfeccionamiento permanente de sus integrantes. Se conforma con distintas comisiones siendo los propios magistrados quienes han determinado sus necesidades de capacitación, diseñando e

implementando los programas. Así la Comisión de Relevamiento de Necesidades le cabe identificar y priorizar las áreas específicas en las cuales se hace necesaria la capacitación; la Comisión de Planificación, diseñando los talleres, cursos y seminarios, en base a las necesidades relevadas, previo fijar los objetivos y seleccionar los contenidos para cada una de las actividades de capacitación a realizar, y la Comisión de Docencia encargada de determinar la metodología a utilizar en el proceso de capacitación.

B. Años más tarde, en 2003, la entonces magistrada laboral Inés Rauek de Yanzón, como integrante del Centro de Capacitación citado, comienza a movilizar el diálogo institucionalmente con las dos universidades más importantes de nuestra provincia, Universidad Nacional de Cuyo, creada en 1939 y desde 1985 con Facultad de Derecho y Universidad de Mendoza, fundada veinte años después de la Nacional, es decir en 1959 con Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales desde ese momento. De ahí que se suscriben convenios para crear estas carreras en el ámbito propio de esas dos universidades, sumándose también el Poder Judicial de Mendoza. Se toma como idea central la capacitación como la herramienta clave para el ejercicio de la función judicial y se le agrega la perspectiva de gestión, no es solamente la magistratura, es también gestión judicial. Ello a su vez permite la participación de profesionales de áreas afines, como contadores, licenciados en Administración de Empresas, en Recursos Humanos, en Ciencias Políticas y Sociales, etc.

De esta manera, en el año 2006 se lanza la primera cohorte, que comienza con la especialización que dura un año y medio y culmina con medio año más, completando la maestría.

C. Además, se destaca que ese año 2006 la Suprema Corte de Justicia de Mendoza suscribió con el Poder Ejecutivo el denominado

“Compromiso con la comunidad por la Justicia”, acuerdo institucional al cual también se sumaron otras entidades como la Asociación de Magistrados provinciales, y la Fiscalía de Estado y la Asesoría de Gobierno de la provincia. Entre los objetivos enunciados en dicho acuerdo, la gestión de calidad y la reingeniería de procesos ocupó un lugar central, lo cual involucró una auditoria externa y un proceso de autoevaluación entre otras herramientas encaminadas a dichos fines. En dicho marco, el Superior Tribunal provincial puso en marcha en algunos juzgados un proceso de auto evaluación de procedimientos judiciales, dirigidos a precisar y definir objetivos de mejora, ejecutando las acciones conducentes y corrigiendo los desvíos que se presentasen, todo ello determinado y realizado por los magistrados y funcionarios de cada tribunal. Uno de ellos, el Tercer Tribunal Tributario de Mendoza, juzgado unipersonal, con dos secretarías y dos mesas de entrada, un total de dieciséis agentes públicos incluidos los secretarios, bajo mi dirección como magistrada. En el marco del proceso de autoevaluación se implementaron medidas innovadoras en materia de gestión judicial y de reingeniería de proceso¹, muchas de las cuales fueron tomadas de las clases impartidas en las carreras de Especialización y Maestría en Magistratura y Gestión Judicial referidas.

¹ María Gabriela Abalos; “Resultados del proceso de autoevaluación en un juzgado de Mendoza: algunas consideraciones”, www.diariojudicial.com del día lunes 25 de febrero de 2008 y “El proceso de mejora y autoevaluación en un juzgado de Mendoza”, en www.gestionjudicial.net/home1.htm/ del día 8 de marzo de 2008. También “Resoluciones anticipatorias en los juicios de apremio: breve consideraciones”, en Revista Voces Jurídicas La Ley Gran Cuyo, marzo de 2008. También en www.diariojudicial.com del día miércoles 16 de abril de 2008, y en la sección Publicaciones de www.gestionjudicial.net del día 8 de mayo de 2008; “Tribunal de Gestión Asociada en lo Tributario de la provincia de Mendoza: aportes y novedades”; en Revista El Reporte de la Escuela de Capacitación Judicial del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, marzo de 2017.

D. Estas carreras han recibido reconocimientos institucionales desde del Gobierno de la provincia, de la Cámara de Diputados que la declara de interés provincial en septiembre de 2016 tanto como del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, la Asociación de Magistrados, entre otros. En sus inicios fue declarada de interés institucional por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (Acordada no. 19.044 del 1 de julio de 2005). Durante los casi veinte años de existencia, estas carreras han generado una multiplicidad de convenios de colaboración con iguales carreras de otras universidad como por ejemplo, la de la Austral.

E. El impacto que han tenido estas carreras es considerable no solamente en relación a los abogados y procuradores, sino también a profesionales afines. Desde el 2006 han cursado más de cuatrocientos (400) profesionales y se han alternado las sedes en cada cohorte. Así se comenzó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, a los dos años se llevó a cabo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad de Mendoza, y así ha continuado ininterrumpidamente. Ello implica que cada cohorte tienen en la sede que le corresponde, la coordinación de todos los aspectos técnicos, académicos, económicos, etc. pasando de una Universidad a la otra con excelentes relaciones institucionales que permiten la continuidad ordenadamente.

Estas carreras suponen un compromiso interinstitucional que ha sido validado por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) que la ha aprobado haciendo hincapié en la formación continua, sistemática y actualizada, valorando el importante plantel docente conformado por importantes profesores del ámbito internacional, nacional y provincial. Además se ha logrado una rica retroalimentación dado que varios egresados de las carreras han pasado

a integrar el cuerpo docente, además de sumarse como jurados de tesis tanto de Especialización como de Maestría.

F. En cuanto a la asistencia, las carreras reciben profesionales de San Juan y de San Luis principalmente, y por supuesto, de distintas ciudades dentro de la provincia de Mendoza. Cabe destacar el compromiso del Poder Judicial de Mendoza con las carreras, lo cual se materializa en el otorgamiento de becas consistentes en ayuda económica para quienes trabajan en dicho poder, permitiendo que funcionarios y empleados judiciales puedan acceder a estas carreras. También participan abogados litigantes, junto a licenciados en ciencias políticas, recursos humanos y algunos contadores.

Desde el 2020 a raíz de la situación de pandemia se dictaron las clases en modalidad virtual manteniéndose el cursado sin interrupciones. Luego volvió la presencialidad pero quedaron algunas clases virtuales sobre todo convocando a eximios docentes extranjeros.

G. En relación con los egresados, a agosto de 2023, se cuenta con doscientas setenta y cinco (275) personas que han recibido el título de especialistas en Magistratura y Gestión Judicial y sesenta y seis (66) de maestría. Actualmente se encuentra cursando la décima cohorte con más de sesenta (60) inscriptos que están llevando a cabo estas carreras.

II. En torno a los enfoques de capacitación que tienen en estas dos carreras, cabe destacar que fueron pensadas y diagramadas en sus inicios y cada dos años se vuelven a reevaluar las perspectivas. Ello así por la completa función que lleva a cabo la Comisión de Asesoramiento conformada con destacados exponentes docentes y pedagogos de las dos Universidades, que se encarga de replantear y debatir los aspectos liminares. Las visiones que acompañan todo el armado curricular buscan conciliar los aspectos nacionales, internacionales y del derecho público provincial. Los primeros módulos tienen por objeto nutrir a los

cursantes de los principales aspectos del rol de la judicatura, de los principios rectores de la magistratura y los desafíos actuales, de la pluralidad de fuentes normativas y del control de constitucionalidad y de convencionalidad, sumándole los contenidos complementarios de gestión. Se completa con los módulos donde se analizan en profundidad los desafíos y retos de cada una de las ramas del derecho que involucran la función judicial.

Un importante resultado de estas carreras es la implementación de los modelos de gestión judicial asociada. Se inauguró el primer tribunal bajo esta forma en el año 2008 y actualmente se ha replicado para los fueros civiles, de paz, penales y laborales, suponiendo una reformulación del rol del juez tradicional, la implementación de un gerente con funciones de coordinación y de trabajo en equipo.

III. En relación con las perspectivas inspiradoras cabe destacar que la igualdad, la distinción entre igualdad formal y real, principalmente en relación con las mujeres, las infancias, los distintos grupos en situación de vulnerabilidad aparecen como un contenido transversal en la curricula. Así se impregna la capacitación brindada por estas carreras desde el entendimiento que la Constitución Nacional de 1853/60, y sus posteriores reformas han asumido un fuerte compromiso con el principio de igualdad ante la ley, desde el art. 16 enriquecido luego con las cláusulas incorporadas por la reforma de 1994, como los arts. 37 y 75 incs. 23 y 19. Esa igualdad contenida en el primer artículo citado, respondía a los postulados del constitucionalismo clásico con los alcances y contenido propios de los derechos de primera generación. La interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia comenzó en 1875² y se reitera en numerosas oportunidades, condenando

² CSJN. 1875, “Criminal contra Guillermo Olivar”, Fallos 16:118.

excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias. Sin embargo, el contenido del principio de igualdad ante la ley no impide la posibilidad de hacer distinciones siempre y cuando se sustenten en criterios razonables, combinando así el principio que emana del art. 28³.

Con la reforma constitucional de 1994 y el acogimiento de los derechos de segunda y tercera generación, se introducen otras igualdades reales con la incorporación con jerarquía constitucional de importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este paso de la igualdad formal del texto constitucional de 1853/60 a la igualdad real consagrada con la reforma de 1994 tiene importantes antecedentes legislativos y jurisprudenciales, además de una fuerte impronta interamericana. Así aparecen en escena las acciones afirmativas que tienen que adoptar los Estados que, junto con el deber de no discriminar, suponen la obligación de tomar las medidas concretas y necesarias respecto de ciertos grupos desaventajados.

IV. Son innumerables los aportes de estas carreras a lo largo de sus casi veinte años de existencia. Se pueden citar por ejemplo:

.El primero, el fortalecimiento de los modelos de gestión judicial asociada en el Poder Judicial de Mendoza, lo que implica trabajar en un modelo de separación de funciones jurisdiccionales y administrativas, con la figura de administradores de gestión y magistrados siempre

³ Ver entre otros a Roberto Saba; “El principio de igualdad en la Constitución Nacional”; en Daniel A. Sabsay; dirección y Pablo L. Manili, coordinación” Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”; tomo 1; Ed. Hammurabi; Bs.As.; 2009; págs.598 y ss.; del mismo autor; “Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?”, Siglo XXI Editores, Bs. As., 2016; “Desigualdad estructural y acciones afirmativas en la Reforma Constitucional de 1994”; en LL. Sup. Esp. Const. 2019 (noviembre), 12/11/2019, 203.

presentes y responsables. Ello acompañado con un sostenido esfuerzo de capacitación a profesionales, personal administrativo y magistrados. .El segundo aporte se configura con las modificaciones procedimentales que se llevaron a cabo en Mendoza a favor de la oralidad y de la inmediatez en las distintas etapas y en los diversos fueros. Ello unido a la digitalización y a la utilización de la tecnología al servicio de la justicia.

.El tercer aporte tiene que ver con la importante cantidad de personas que han ingresado al Poder Judicial con el título de especialista y/o magister en Magistratura y Gestión Judicial, lo que se ha visto claramente reflejado en los exámenes a cargo del Consejo de la Magistratura, como también en las resoluciones judiciales donde se materializa el esfuerzo y el estudio personal de cada magistrado más todo lo aprendido con estas carreras.

.El cuarto aporte a destacar tiene que ver con modificaciones legislativas de gran significación. Por ejemplo, la reforma del Código Procesal Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, sancionada en el 2018 mediante la ley 9001 que incorpora expresamente el control de convencionalidad, habilitando a los jueces a llevar a cabo dicho control siempre a pedido de parte y también de oficio.

De igual manera, cabe destacar que con la ley 9003 que modifica el procedimiento administrativo en Mendoza, se introdujo clara y precisamente el concepto de vulnerabilidad, contemplando mayores deberes en la administración pública frente a situaciones de vulnerabilidad que la misma ley define. En efecto, el art. 1 ap. II consagra los principios de pro homine y de juridicidad, seguido por el del debido proceso adjetivo, el de plazo razonable, el de informalismo en favor del administrado, y el de buena administración. A lo que se

suman en el ap. III, los principios especiales aplicables en las actuaciones administrativas que involucren derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad, a fin de garantizar el acceso a la tutela administrativa efectiva de las personas que se encuentren en dicha condición. De esta forma, *“Se consideran en condición de vulnerabilidad las personas que en razón de su edad, condición sexual, física o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la administración 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, la condición sexual y la privación de libertad”*. (inc. b). Específicamente se dispone que *“... las autoridades deberán adaptar las disposiciones de la presente ley a las concretas necesidades y particularidades que presente la situación de vulnerabilidad cuya solución sea requerida, adecuando, entre otras, las normas sobre legitimación, plazos y demás formalidades”* (inc. c). También en cuanto al deber de información se indica que *“la administración tiene la obligación positiva de suministrar, especialmente a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, toda la información que corresponda, a los fines de que puedan hacer efectivos sus derechos, previendo asimismo la utilización de las nuevas tecnologías a tales fines. La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria”*. (inc. d). Ello se complementa con la atención prioritaria y la respuesta fundada en cuanto *“Los agentes tienen la obligación de brindar atención prioritaria a estas situaciones, debiendo otorgarse*

una respuesta fundada en un plazo razonable y compatible con las particularidades y la urgencia que revista cada caso concreto”. (inc. f). Por último, se garantiza el goce de asistencia y asesoramiento jurídico e interdisciplinario gratuitos conforme a las leyes que regulan la materia y de acuerdo a los recursos materiales y humanos que tenga predispuestos a tal fin la administración”. (inc. d)

Para concluir, los aportes de estas carreras suman múltiples beneficios principalmente para el Poder Judicial pero también para los demás órganos dado que, suponen una apuesta a la capacitación, al perfeccionamiento y a la calidad institucional de la región.

Una ley para adoptar al sistema de las vulnerabilidades como perspectiva.

Exposición sobre la elaboración de la ley provincial de Tucumán número 9602

Fernando Etienot

Introducción y descripción del problema

Estado actual politización e ideologización de la vulnerabilidades

Muchas veces estructurar sistemas jurídicos y políticos tuitivos desde una perspectiva parcializada enfocada a ciertos grupos considerados a priori vulnerables en abstracto termina por desvirtuar el concepto de vulnerabilidad en el caso concreto dando lugar a injusticias y lo que es peor a la desprotección de quienes se encuentran en verdadera situación de peligro.

Adoptar de manera ideologizadas y politizadas , posibilita la aplicación desnaturalizada abstracta y casi dogmática de "perspectivas" como las establecidas por la ideología de género pueden llegar a tener la virtualidad de invisibilidad situaciones de individuos de otros grupos

inclusive de los más homogéneamente vulnerables como son los niños , llegando hasta victimizar al victimario por el solo hecho de pertenecer a un grupo calificado a priori como vulnerable pero mediante una “jerarquización” y “ponderación” más política que jurídica y axiológica.

En los casos como los de "Lucio" mujeres; sin un alto poder adquisitivo; y lesbianas encajan en el grupo a priori "vulnerable" protegido por principios pero sobre todo por presión política e ideología de género. Por lo que un fiscal o un juez se encuentran sometido a presión y a cierta limitación para aplicarles a integrantes de estos grupos medidas restrictivas o en calificarlas como potenciales victimarios, invisibilizando a otro grupo vulnerable cómo es el del niño Lucio... Con las trágicas consecuencias ya conocidas. ¿Y “el interés superior del niño”? a veces cae en lo declamativo frente a presiones de otros grupos “vulnerables” menos homogéneos, pero con “derechos” mas estructural y políticamente “positivizados” de forma transversal Vgr. Ministerios etc etc .

Otro tanto ocurre en los casos de la violencia mapuche: por decisión política a los vulnerables mapuches no se los reprime siendo que en el caso concreto sus víctimas son quiénes se encuentran en verdadera situación de vulnerabilidad.

Es que el derecho de la vulnerabilidad no puede ser parcializado ideologizado y sometidos a los grupos de presión pues afectan la difícil función de determinar la vulnerabilidad de los individuos en cada caso.

El sistema de vulnerabilidades como perspectiva .

Un cambio de paradigma para resolver inequidades

Tendiendo a remediar esta limitación es que se hace indispensable la aplicación del criterio de vulnerabilidad por sobre otros criterios más parciales y restrictivos.

Y esta concepción más política que jurídica que hoy inunda nuestras instituciones proviene de una visión conflictivista del derecho heredada de la visión política conflictivista. Esto, tal vez, con la ayuda de la influencia que parte de los postulados de Laclau tenía en los gobiernos en los que se plasmaron perspectivas politizadas a las que aludimos en normas, protocolos y contenidos.

Siguiendo en parte a Toller en su crítica a la visión conflictivista de los derechos fundamentales, esta concepción conflictivista puede llevar a lo absurdo que un derecho constitucionalmente consagrado debe ceder ante otro derecho que es considerado a priori superior -(mediante una Ponderación o jerarquización que ni siquiera se respeta en todos los casos)- lo cual es un contrasentido lógico pues el sistema jurídico no puede apañar el sacrificio de un derecho consagrado en la constitución (derecho fundamental dentro de su ámbito formal) en favor de otro, que en realidad es de igual jerarquía . En realidad, existe una miopía en no

querer determinar el límite exterior de los derechos y el núcleo esencial de los mismos. Esto más por cuestiones políticas pues sí aplicamos este criterio muchos grupos se darían con qué lo que ellos consideran derechos, no lo son, avanzan sobre el núcleo esencial de otros derechos confundiendo el ámbito formal de los propios y por eso prefieren distorsionar la lógica jurídica y renegar de la axiología.

En esa dinámica se maneja el mundo actual, fomentando “perspectivas” que lejos de acercar a la noción de igualdad, generan feroces desigualdades producto de la utilización política de grupos del rótulo “vulnerables”.

Entendemos tal como lo sostiene Philippe Malaurie que Todos somos personas vulnerables, todos hemos sido desde siempre vulnerables y lo seremos siempre, y los remedios a la fragilidad humana son ellos mismos frágiles: a veces son benéficos, a veces hacen mal.

Es decir, la potencialidad de la vulnerabilidad esta en todos los seres humanos, sin importar la pertenecía a un grupo determinado. Obviamente que hay grupos, que, en razón de algunas características particulares, como por ejemplo, la edad o de la condición social o de salud puede presumiese su vulnerabilidad entendida como la necesidad de la dependencia de la asistencia de otro para alcanzar la plenitud de los derechos humanos e individuales y el desarrollo pleno de su persona.

Por ello, siguiendo a Basset, planteamos la necesidad de que la protección del estado debe estar imbuida de la perspectiva de vulnerabilidad, es decir que las acciones de estado, tendientes a equiparar las situaciones de desigualdad, producto de la, por ejemplo, la edad, la pobreza, la salud, etc. no pueden basarse exclusivamente en la pertenencia a un grupo, sino que debe atender principalmente a las condiciones individuales de la personas y cuál es la realidad y el contexto que justifique la intervención del estado.

Así, siguiendo a la citada autora, hablar de vulnerabilidad nos permite:

- Aportar un nuevo vector de análisis de la igualdad
- Sensibilizarnos con los que más sufren
- Ver al hombre desde su interdependencia y desde allí fortalecerlo

Es imprescindible que a través de la aplicación de esta perspectiva en todas las áreas de actuación del estado, se logre entender que la finalidad de la intervención estatal no es “otorgar” mas derechos a grupos de presión “empoderados”, sino reconocerlos, protegerlos y hacerlos efectivos a todos los seres humanos en funciones de su calidad e tales, independientemente de su pertenencia o no a un grupo determinado., entendiendo que en la realidad actual, la no pertenencia a e determinados grupos como pre establecidos como vulnerables per se, es tal vez una de las mas invisibilizadas vulnerabilidades, que genera profunda desigualdad, impotencia y injusticia y desprotección.

Una ley para adoptar al sistema de las vulnerabilidades como
perspectiva

A tal fin elaboramos a través de la legisladora Mgtr. Nadima del Valle Pecci en la Legislatura de la provincia de Tucumán proyecto que fue realizado en base a un trabajo final de la maestría LL.M de la Universidad Austral que permite presentar como trabajo finales, proyectos de ley, lo que sirvió en elaboración de proyecto de ley como un filtro académico dándole mayor sustento, no desde el punto de vista técnico, sino también a los efectos fundamentar la exposición discursiva y el necesario debate parlamentario para su aprobación .

Dr. Farrell en la mismas XVI jornadas de Derecho Judicial remarcaba algo muy importante: en la práctica la defensa de los vulnerables se hace en el Poder Judicial . En el Poder Legislativo, los vulnerables no se encuentran adecuadamente defendidos por cuestiones políticas y pretendimos con la ley referida hacer un aporte al cambio de esa realidad Las discusiones a nivel legislativo en las comisiones no adquieren gran nivel académico y lamentablemente mucho menos nivel filosófico y axiológico. Hasta que logremos la inclusión de estándares para la calidad legislativa, la racionalidad y un análisis axiológico de los proyectos en los diferentes parlamentos, en esos ámbitos se seguirá implementando más el voluntarismo, la fuerza política, como no debieran.

Entonces a pesar de estar convencidos de la calidad técnica de la propuesta, del impacto y las bondades de la misma y del contenido filosófico, no perdemos de vista de que hoy por hoy los ámbitos legislativos es fundamental acción política por los grupos vulnerables que, a pesar de lo declamado, en los hechos son perjudicados por el sistema actual de perspectivas ideologizadas y politizadas en materia de vulnerabilidades. Grupos (como los niños especialmente en le vientre materno) no tienen una voz política o representación cierta, como los niños no van al Congreso, ni a las legislaturas, ni a manifestarse ni a cortar calles.

El “Juez héroe”

Trabas al” heroísmo” y herramientas para ayudarlo

Sirve nuestra exposición de la propuesto por nosotros en las XVI Jornadas de Derecho Judicial, la ilustración hecha por la Dra. Bassett en las mencionadas jornadas respecto a la función del “juez héroe” que tiene que tener el que se encargue de aplicar la perspectiva de vulnerabilidad. Y en ese sentido, y dando por obvias las presiones políticas y mediáticas que reciben los jueces, tomamos nuestra experiencia en el Consejo de la Magistratura de Tucumán con relación directa con los aspirantes y jueces para determinar con mas precisión algunas trabas a ese “heroísmo” .

En el proceso de selección del CAM era recurrente la preocupación por las preguntas en las entrevistas referidas -por ejemplo- a como aplicar,

perspectiva de género en casos complejos. Y esa preocupación es solo el síntoma de la presión de sectores transversales para los que los conceptos abstractos, y apriorístico de grupos vulnerables les otorgan una especie de “carnet legislativo” de vulnerable per se y por lo tanto merecedor de en cualquier caso en abstracto de un tratamiento preferencial no solo en políticas públicas sino en los procesos judiciales aún frente a otros sujetos en situación de mayor vulnerabilidad en el caso concreto

La mirada de estos grupos se impuso políticamente, logrando dejar de lado la realidad de que siendo los derechos son universales, analógicamente todos podemos universalmente ser vulnerables, aún sin ese “carnet”, y eso constituye la primera traba al “heroísmo judicial”

Pero por otro lado las consideraciones dogmática abstractas y apriorísticas a algunos jueces les resultan cómodo en función simplificar decisiones ante cualquier duda sobre casos complejos, apoyándose en esos preconceptos y recurriendo a dogmáticos “anillos de vulnerabilidad” (A mujer + pobre + colectivo LGTB= 3anillos y B hombre blanco heterosexual = 0 anillos... listo !)

Esos condicionamientos existen y es los que tratamos de remediar con la ley.

Conclusión

Acción política necesaria para otorga herramientas al juez

Parte de la acción política en la legislatura de Tucumán para poder introducir la herramienta de la Ley que aplique vulnerabilidad como perspectiva, fue no exponerla patente como el cambio de paradigma que realmente - porque si no, no se podría haber aprobado en los y en las comisiones- sino como una visión que engloba sistemáticamente todas la perspectiva de vulnerabilidad existentes sin excluir ninguna.

Casualmente esta obligación de abstraernos de estos conceptos apriorístico al momento de aplicar y de determinar la quiénes son vulnerables en el caso concreto requiere establecer reglas que le permitan al juez contar con el apoyo de la ley al momento de resolver casos complejos en donde se alegan perspectivas abstractas, permitiéndole apoyarse en un nuevo basamento jurídico y salir del juego de las anillos abstractos y carnets de vulnerables para entrar al análisis la situación de vulnerabilidad real como perspectiva en el caso concreto y para convertirse en un juez héroe, pues sigue estando en manos del Poder Judicial la protección de los vulnerables en la primera línea. A ese juez héroe a lo mejor no le podemos exigir super poderes por eso le tenemos que dar herramientas legislativa adecuadas en la materia

A continuación transcribimos el proyecto que elaboramos y que ya es Ley nº 9602 aplicable en la provincia de Tucumán.

Ley para la Adecuación al Derecho de las Vulnerabilidades

Ley 9602

Art.1 Objeto. Establézcase como política prioritaria para el estado provincial la implementación de la perspectiva de vulnerabilidad de manera transversal como una forma de llegar a la igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución nacional, y de hacer efectivos los derechos humanos consagrados en ella y en los tratados internacionales, brindando herramientas de detección y reacción frente a las lesiones de derechos. Para ser aplicado a las políticas públicas, actos administrativos, protocolos, a las normas provinciales y municipales, a los procesos y actos del Poder Judicial de la Provincia y Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa .

Art.2 Guía. A tal fin las acciones del estado serán guiadas por la perspectiva de la vulnerabilidad, la cual englobará y ordenará otras implementadas con el fin de proteger a personas en razón de su grado de desprotección.

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, en especial el de la vida desde la concepción y hasta la muerte natural y los emergentes del interés superior del niño.

Art.3 Límite. El Estado sólo podrá establecer distinciones objetivas y razonables cuándo éstas se realicen con el debido respeto de los derechos humanos y de conformidad de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

Art.4 Definiciones. A los efectos de la presente ley se entiende por:

Vulnerabilidad: condición, situación o estado, ya sea permanente o transitorio, que impide o dificulta de manera objetiva el ejercicio pleno de los derechos humanos e individuales y el desarrollo de la autonomía personal.

Igualdad: La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.

Perspectiva de vulnerabilidad: orientación de las políticas públicas y la intervención estatal que busca proteger a las personas que mas allá de su pertenecía a un grupo determinado, se encuentren en situación de vulnerabilidad, priorizando siempre la protección de principal de aquella persona cuya situación de indefensión, interdependencia y vulnerabilidad sea mayor o comprometa derechos más importantes, aun frente a otros vulnerables.

Art.5 Clasificación. La vulnerabilidad a los efectos de la presente ley podrá ser:

Por su duración temporal:

Transitoria. Aquellos supuestos en la que un elemento pasajero, impida o dificulte el pleno ejercicio de los derechos humanos, individuales y el desarrollo de su autonomía personal.

Permanentes: aquellas que permaneces en el tiempo.

Por su origen:

Naturales: cuando son producto de una condición o situación natural en la que no tiene intervención el hombre o el estado.

Creada por el estado: cuando por acción u omisión el estado pone a las personas en situación de vulnerabilidad.

Provocadas: aquellas situaciones que por acción u omisión de las personas o instituciones privadas colocan a alguien en situación de vulnerabilidad.

Las causas o el origen de la situación de vulnerabilidad no eximen de protección estatal.

Art.6 Criterios. La intervención del Estado a fin de corregir la vulnerabilidad, deberá atender a los siguientes criterios:

Razonabilidad: de acuerdo a la naturaleza y fin de la institución a la que se aplica el trato diferenciado;

Proporcionalidad: en relación con los principios y valores entrañados en la totalidad del ordenamiento;

Adecuación: a las circunstancias históricas, políticas, económicas, culturales y espirituales, ideológicas, de la sociedad en la que opera.

Art.7 Perspectiva de vulnerabilidad: Todos los protocolos, leyes y políticas públicas del estado, en sus tres poderes, deberán imbuirse la perspectiva de la vulnerabilidad, de conformidad los criterios establecidos en la presente ley, entendiendo esta como contenedora y ordenadora de las demás perspectivas tuitivas.

Art. 8 De forma.

Fernando Etienot

24068516

El consumidor sobreendeudado como sujeto hipervulnerable. Problemática del proceso concursal. Actualidad jurisdiccional y administrativa

Nicolás J. Di Lella¹

1.- Introducción.

Como es sabido, el tópico del sobreendeudamiento de las personas humanas y de las familias ha sido estudiado, analizado y debatido intensamente en nuestro país desde la crisis de los años 2001-2002, época a partir de la cual el número de concursos de asalariados, jubilados, artesanos, profesionales y microemprendimientos personales que tramitaban ante los tribunales se incrementó notablemente superando los porcentajes tradicionales y abarrotando los Juzgados en los años sucesivos.

Este fenómeno, al que cabe diferenciarlo de la insolvencia o del estado de cesación de pagos, tiene una relevancia esencial, de primerísimo orden, en todo el mundo occidental, hasta el punto de constituirse en uno de los problemas principales de nuestros días, que

¹ Doctor en Derecho (UCA); Magister en “Derecho Empresario” y en “Magistratura y Derecho Judicial” (ambas de Univ. Austral). Magister en “Justicia Constitucional y DDHH” (Univ. Bologna, Italia). Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Pos-doctorando en Univ. Bologna, Italia. Profesor de grado (USAL, UNSTA, USPT) y de posgrado (UCA, UADE, Austral, UNR, UNT, USPT, UNSTA) en Derecho Societario y Concursal. Autor de 5 libros y más de 40 arts. de doctrina en Derecho Civil y Comercial. Director de más de 30 tesis de Maestría en Univ. Austral y miembro de jurado evaluador de tesis en Doctorado y Maestrías en Univ. Austral y UCA. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (nicodilella@hotmail.com).

no debe ser considerado individual, fruto de impulsos y pasiones personales, sino como reflejo de una crisis social y de sociedad².

A pesar de ello, su caracterización y delimitación conceptual no ha sido tarea sencilla³. Al respecto, el Comité Económico y Social Europeo (“CESE”), ha expuesto⁴ que, para elaborar una definición operativa común de sobreendeudamiento, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: (i) el hogar como unidad de medida pertinente para cuantificar el sobreendeudamiento; (ii) los compromisos financieros adquiridos, entre los que se incluyen los créditos hipotecarios, el crédito al consumo, las facturas de telefonía, de comunicación electrónica y de servicios básicos (agua, calefacción, electricidad, salud, etc.), los alquileres y los gastos comunes (alimentación, transporte, escolaridad, etc.); (iii) los compromisos informales adquiridos por la familia o la comunidad; (iv) la incapacidad de pago, esto es, no poder hacer frente a sus gastos corrientes, así como a aquellos vinculados a los compromisos adquiridos y los informales; (v) el sobreendeudamiento estructural, como criterio temporal destinado a cubrir los problemas financieros persistentes y continuados; (vi) el hogar debe poder respetar los compromisos financieros adquiridos e informales sin reducir sus gastos mínimos vitales para mantener su nivel de vida; y, (vii) no poder solucionar la situación financiera por medio de sus activos financieros y de otro tipo.

En ese marco, la fórmula que más corifeos ha experimentado, es la “objetiva”, que considera configurado el sobreendeudamiento a partir de poner en relación la deuda total y la renta neta del deudor. Se computará, entonces, el porcentaje de deuda con la renta disponible y

² Cfr. Dictamen 2014/C 311/06 (pto. 2.3.), Comité Económico y Social Europeo, “Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social”, aprobado en sesión de fecha 29 de Abril de 2014 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014AE0791>).

³ Vid. ÁLVAREZ VEGA, María I., *Protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cívitas, Pamplona, 2010, p. 95.

⁴ Dictamen 2014/C 311/06, Comité Económico y Social Europeo, “Protección de los consumidores...”, (pto. 3.6.).

con la totalidad de activos, para así concluir respecto de la configuración del supuesto y establecer el grado de endeudamiento⁵.

Vinculado al consumidor, se ha dicho que debe entenderse al sobreendeudamiento como una situación financiera, caracterizada por la dificultad o imposibilidad del deudor para afrontar el pago de las deudas asumidas por la adquisición de bienes y/o servicios⁶, en pos de la satisfacción de necesidades personales o domésticas propias y de su grupo familiar o social de referencia. Quedando excluidas, por tanto, las deudas vinculadas a su actuación comercial, industrial y/o profesional.

Autorizada doctrina nacional ha expuesto que “el sobreendeudamiento del consumidor designa un estado de exceso de deudas que no implica necesariamente el incumplimiento con sus obligaciones pero que le llevan a la acuciante situación de ingresos insuficientes para cubrir necesidades básicas. No existe un estado generalizado de incumplimiento como en el caso del presupuesto material en la ley de concursos y quiebras, sino, por el contrario, un cumplimiento forzado de sus obligaciones que por vía de la bancarización del sistema de pago afecta a su salario con retención o afectación en la fuente en medida en que el remanente disponible resulta insuficiente para solventar sus necesidades vitales básicas”⁷. También, se ha puesto de manifiesto que un “estado de sobreendeudamiento” es la situación de imposibilidad cierta, actual o futura, de cumplir con las obligaciones generadas en relaciones de consumo, en la que se encuentra un consumidor de buena fe, sin afectación de su dignidad por menoscabo del contenido mínimo de la propiedad⁸. Asimismo, se ha considerado que se trata de la

⁵ Ver JPAZE, María B., *Sobreendeudamiento del Consumidor*, Bibliotex, Tucumán, 2016, p. 32.

⁶ LOVECE, Graciela, “El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica”, LL, Suplemento de Actualidad, 11/10/2011, p. 1.

⁷ DASSO, Ariel A., “El concurso del consumidor (y otros sujetos”, *Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor*, Erreius, (febrero), 2017, cita digital: IUSDC285050A.

⁸ ROSSI, Jorge O., “El derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor: Dignidad, propiedad y ahorro en una economía inflacionaria”, 12/02/2021, MJ-DOC-15705-AR.

incapacidad del consumidor de pagar todas sus deudas íntegramente y a tiempo de manera crónica, es decir, en diversos períodos consecutivos y contra su voluntad. En otras palabras, hay consumidores cuyo ingreso disponible tras haber incurrido en los gastos diarios, como los de subsistencia, es insuficiente para afrontar las deudas que han contraído. Este hecho que escapa a la voluntad de los consumidores, toma un aspecto dinámico al acumularse una deuda que incrementa en el largo plazo y genera sobreendeudamiento⁹.

A más de lo expuesto, se sostuvo que el sobreendeudamiento es una situación particular por la que atraviesa una persona humana con percepción o no de haberes en forma regular, sin activo alguno y con deudas mensuales que exceden su salario -si lo tuviere- o que alcanzando para el pago de cuotas, no le queda resto para su subsistencia, debiendo endeudarse cada vez más¹⁰.

En este orden de ideas, se ha postulado que se trata de aquél estado financiero al que llega una persona -no comerciante- que adquiere bienes o utiliza servicios como parte de una relación de consumo y que como consecuencia de ella o en ocasión de tal relación, no puede cumplir regularmente con las obligaciones a su cargo¹¹.

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, Raquel, “Necesidad de sancionar un régimen especial para consumidores en materia concursal”, *Práctica y Actualidad Concursal*, Errepar, marzo-2020, cita digital: EOLDC101037A.

¹⁰ Comp. BIANCHI, Marcelo, “El consumidor sobreendeudado y su problemática”, *Práctica y Actualidad Concursal*, Errepar, junio-2017, cita digital: EOLDC096133A. En el mismo sentido WAJNTRAUB, Javier, *Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2014, p. 214: “*consiste en la situación de una persona física que se ve imposibilitada de pagar, con sus ingresos mensuales, todas las deudas (actuales y futuras) sin comprometer la satisfacción de sus necesidades básicas o las de su grupo familiar o social*”.

¹¹ Ver ALONSO, Daniel F., “El sobreendeudamiento de la persona física no comerciante frente a los procesos concursales, ponencia en *VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Mendoza, 2009.

Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo¹², ha expresado que hablar de endeudamiento excesivo o de sobreendeudamiento es hacer referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles.

Al respecto, nuestro más alto Tribunal Nacional, se ha referido al sobreendeudamiento como “la manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles”¹³.

Considero que se está frente a la ausencia de posibilidad real del consumidor, persona humana, de pagar sus deudas -contraídas para el desarrollo de su vida en términos dignos-, exigibles y vencidas, sin comprometer su mínimo existencial. Y esta situación de sobreendeudamiento del consumidor se ha convertido en los últimos años en una “costumbre argentina”; en un modo de vida del ciudadano, lo que llevó a su naturalización por la población y, como consecuencia lamentable, en una falta de consideración seria de esta problemática en la agenda política en pos de viabilizar una reforma y solución integral de la cuestión.

Al respecto, se ha expuesto que “el hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición. De tal forma, el uso del crédito por parte de particulares para acceder a bienes y servicios seduce y convoca a las economías familiares, resignando ahorro y afectando los ingresos normales del hombre común. En realidad, el sistema capitalista fomenta el consumo sin reparar en cuál sea la capacidad de pago de la persona concreta y es aquí donde se plantea un fenómeno de notable “ambivalencia”. En efecto, por un lado, el dador de crédito y de bienes y servicios, que no

¹² Cfr. Dictamen 2008/C 44/19 (pto. 3.2.1.), Comité Económico y Social Europeo, “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia”, aprobado en sesión de fecha 2 de Octubre de 2007 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007IE1459>).

¹³ CSJN, 15/03/2007, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria”, LL, 2007-B, 413; JA, 2007-II-536; ED, 222-101.

repara ante su interés de vender y, por el otro, el consumidor que muchas veces no tiene en cuenta el nivel de compromiso que adquiere. Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas”¹⁴. Así, el crédito se presenta como el nexo necesario para generar en los consumidores la percepción de poder adquirir de manera “fácil” bienes que de contado no podrían conseguir. Concibe la idea de “comprar ahora, disfrutar ahora y pagar después”. Sin embargo, esta “democratización del crédito” que permitió a muchas personas obtenerlo “sin garantía patrimonial suficiente”, con el solo comprobante del sueldo, como contrapartida acercó “a una masa de sujetos a la insolvencia”¹⁵.

En tal marco, en la práctica, se advierten personas humanas que cuentan como “único activo”, con su salario o ingreso mensual producto de jubilaciones o pensiones, disminuidos (fruto de embargos, descuentos por cesión de haberes, cobro de tarjetas de créditos, deuda del banco en donde se le deposita el sueldo), de tal manera que no les alcanza para mantenerse dignamente ni, mucho menos, al grupo familiar que tienen a cargo, encontrándose en una situación de “vulnerabilidad”. Y, en su gran mayoría, de hipervulnerabilidad, dada la conjunción de factores desfavorables que padecen estos individuos. Entre ellos, principalmente, la escasez de recursos.

También es conocido por todos que ni la legislación consumeril específica¹⁶ ni el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹⁷, brindan mecanismos aptos para una solución integral de la problemática planteada. Tampoco existe un organismo o comisión administrativa estadual encargada de componer las consecuencias

¹⁴ JUNYENT BAS, Francisco, “En torno a las alternativas de saneamiento del consumidor sobreendeudado”, 25/10/2018, elDial.com - DC2637.

¹⁵ GERBAUDO, Germán E., “La constitucionalización del derecho privado y su incidencia en el derecho concursal”, DSCE, Errepar, noviembre-2016, cita digital: EOLDC095025A.

¹⁶ Ley 24.240 (“LDC”), en su art. 59, prevé la creación de un Tribunal Arbitral de Consumo, que no fue implementado.

¹⁷ La Ley 26.994 (“CCyCN”) mantuvo separada la regulación especial de defensa del consumidor y ha previsto en su texto la “categoría” del consumidor, a partir de normas sobre la “relación de consumo” y el “contrato de consumo” (arts. 1092 a 1122 CCyCN).

disvaliosas derivadas del sobreendeudamiento del consumidor. Entonces, recurren estos sujetos al ordenamiento concursal (Ley 24.522 - “LCQ”), el que regula los denominados “pequeños concursos y quiebras” (arts. 288 y 289 LCQ). Esta normativa no modifica sustancialmente el trámite procesal común del concurso preventivo o de la quiebra de una gran empresa o de personas con actividad comercial de importancia media, por lo que no resulta herramienta idónea, sencilla y rápida para solucionar integralmente esta cuestión. Todo lo contrario, genera consecuencias disvaliosas para todos los sujetos involucrados en el proceso, como para la administración de justicia en general.

En el escenario fáctico y jurídico presentado, en esta ponencia se expondrán dos cuestiones de actualidad sobre esta temática, una muy controvertida desde el plano jurisdiccional -si corresponde o no afectar para el pago de los gastos del proceso de quiebra bienes adquiridos por el consumidor fallido luego de ser rehabilitado - y otra desde la faceta administrativa.

2.- Faceta judicial: Embargo de salarios del fallido pos-rehabilitación.

La quiebra produce el desapoderamiento de pleno derecho de los bienes del fallido existentes a la fecha de su declaración y de los que adquiriera hasta su rehabilitación (art. 107 LCQ).

La última situación apuntada ocurre al cabo de un año desde la sentencia de quiebra, a menos que se la prorrogue en caso de que se advirtiera causal válida a esos fines (art. 236, parte final, LCQ), cual es, sometimiento del inhabilitado a proceso penal, supuesto en el que dura hasta la inhabilitación hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Y si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal.

Ello demarcará la formación de dos masas. Por un lado, la falimentaria, conformada por los bienes existentes a la sentencia de quiebra y los adquiridos por el fallido hasta ser rehabilitado. Por el otro, la posfalimentaria, constituida por los bienes que adquiriera el fallido luego de la rehabilitación.

Entonces, los acreedores titulares de créditos de causa o título anterior a la declaración de la quiebra, verificados y/o admitidos al

proceso falencial, solo tendrán posibilidad de cancelar sus acreencias de la liquidación de los bienes del deudor existentes a la sentencia de quiebra y los adquiridos por aquél hasta ser rehabilitado.

No surge de la legislación falimentaria, de un modo expreso y conciso, si la satisfacción de los gastos de conservación y justicia (art. 240 LCQ), se encuentra o no alcanzada por la regla expuesta precedentemente.

Frente a este vacío legal, se ha desarrollado, en los últimos años, en doctrina y jurisprudencia de todo el país, posturas encontradas sobre este tópico.

2.1. Posición negatoria.

Esta corriente de opinión considera que los gastos del art. 240 LCQ, es decir, los generados por el desarrollo del proceso falencial, solo se pueden cobrar en moneda concursal y, por ende, no se admite la posibilidad de satisfacerlos con bienes que el fallido adquiera luego de rehabilitado (v. gr. sus haberes)¹⁸.

En apoyo de esta postura se advierten pronunciamientos judiciales en Capital Federal (Salas B y C)¹⁹, La Plata²⁰, Rosario²¹ y Tucumán (Sala III)²².

2.2. Posición afirmativa.

¹⁸ ROUILLON, Adolfo N. (Dir.) - ALONSO, Daniel F. (Coord.), *Código de Comercio. Comentado y Anotado*, T. IV-B, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 627; DE LAS MORENAS, Gabriel A., “Gastos de conservación y justicia: consideraciones sobre su extraconcursalidad y su ejecución sobre el patrimonio del fallido post rehabilitación”, RDCO, 259-516 y LL, cita online: AR/DOC/158/2013.

¹⁹ CNCom., Sala B, 07/02/2019, “Osvaldo R. Fernández s/ Quiebra”, LL, cita online: AR/JUR/141/2019; CNCom., Sala C, 016/09/2005, “Falzarano, Domingo s/ Quiebra”, elDial, AA2FZD.

²⁰ CCiv. y Com., Sala I, La Plata, 11/10/2022, “Gratti, Aída s/ Quiebra pequeña”, LL, cita online: AR/JUR/166896/2022.

²¹ CCiv. y Com., Sala II, Rosario, 09/03/2004, “Rossini, Jorge s/ Quiebra”, Errepar, cita online: EOLJU115168A.

²² CCiv. y Com., Sala III, Tucumán, 29/11/2018, “Romano, Silvia T. s/ Quiebra pedida”.

Dentro de esta postura, se advierte doctrina²³ que admite que los profesionales intervinientes en la quiebra puedan agredir bienes del fallido rehabilitado para poder intentar satisfacer sus estipendios.

En sustento de esta postura se advierten pronunciamientos judiciales en Capital Federal (Salas D y E)²⁴, Salta²⁵, Córdoba²⁶, Reconquista²⁷, Mendoza²⁸, Rosario²⁹ y Tucumán (Sala II)³⁰.

²³ GRAZIABILE, Darío J., “Sistema patrimonial concursal. Embargo de haberes y abuso del derecho -un peligroso desenfoque judicial-”, Errepar, DSyC (julio), 2023; cita online: EOLDC108033A; del mismo autor: “Sobre el efecto liberatorio falencial y los créditos prededucibles”, LL, cita online: AR/DOC/5972/2013; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Modificaciones al Régimen de Prioridades Concursales”, RDPyCO, n° 11, *Concursos y Quiebras II*, p. 160; IGLESIAS, José A., *Los créditos del concurso*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, T. I., Errepar, Buenos Aires, 1988, p. 235; GARCÍA, Silvana M., *Extinción de las obligaciones por quiebra*, Astrea, Buenos Aires, 2010, ps. 246/247; de la misma autora, “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”, DECONOMI, Año III, n° 3, UBA, 2020, p. 99; de la misma autora: “Rehabilitación, desapoderamiento y abuso del derecho. ¿causa la extensión temporal del desapoderamiento sobre salarios del fallido? ¿obsta a la liberación del deudor?”, *La Ley*, 21/06/2023, p. 12; VILLOLDO, Juan M., “Procedencia del embargo de los sueldos del fallido con posterioridad a la rehabilitación para atender los honorarios del síndico insatisfechos”, publicado en *Diario Comercial, Económico y Empresarial*, Nro 122, 07.06.2017; INDIVERI, María V., “Ejecución de honorarios de sindicatura en la quiebra del consumidor”, LL, cita online: AR/DOC/686/2017; O'REILLY, Cristina, “Rehabilitación del fallido”, *La Ley*, 2012-E, 934; USANDIZAGA, Manuel – DALLA BONA, María, “Régimen de inhabilitación y rehabilitación concursal. Un arma más para evitar el pago de las obligaciones contradias”, *LLitoral*, 2006, 1383.

²⁴ CNCom., Sala D, 10/03/2022, “Pedrozo, Cristián s/ Quiebra”, LL, cita online: AR/JUR/19807/2022; id., 18/12/2015, “Manzi, Adriana L. s/ Quiebra”; MJJ-104777; id., 17/09/2015, “Scalso, María R. s/ Quiebra”; id., 11/03/2014, “Moyano, María F. s/ Quiebra”; entre muchos otros; CNCom., Sala E, 11/12/2017, “Lago, Silvia M. s/ Quiebra”; id., 19/02/2017, “Radín, Jorge O. s/ Quiebra”.

²⁵ CCiv. y Com., Sala III, Salta, 21/09/2017, “Figueroa Wayar, Claudia Andrea s/ Quiebra (pequeña)”, disponible en: <https://www.justiciasalta.gov.ar/media/images/389420.pdf>.

²⁶ CCiv. y Com., Sala II, Córdoba, 18/10/2012, “Suárez, Mario Alberto s/ Quiebra Propia Simple - Cuerpo de Ejecución de honorarios: de la Cra. Gringruz, Beatriz Rita”, -Sentencia n° 131-, RDCO, 259-501; id., 24/02/2012, “Villarroel Margarita Rosa s/ Quiebra Propia”; id., 09/03/2012,

2.3. Posición amplia.

Recientemente, la Sala A de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial³¹, sentó una postura más amplia que la tesis afirmativa. Lo decidido fue que no solamente el embargo sobre el salario de fallido debe continuar con posterioridad a su rehabilitación hasta cancelar los gastos del proceso (art. 240, LCQ), sino también hasta satisfacer el resto de los créditos concurrentes a la quiebra.

Como Vocal preopinante en este fallo, UZAL sostuvo que “Si bien esta es la regla general que, a criterio de esta Sala rige la materia, considerase, sin embargo, que el activo proveniente del embargo de los haberes del fallido merece un tratamiento diverso. En efecto, estimase que si el emolumento percibido por la relación laboral, en su proporción legal embargable, emana de una relación de empleo de origen anterior al decreto de falencia o nació mientras el deudor se encuentra fallido, dicho bien importa la existencia de un activo generador de frutos de origen pre-concursal o concursal que por ello persiste afectado a la satisfacción de los acreedores del concurso...”.

Por su parte, adhiriendo a este voto, KOLLIKERS FRERS, postuló, sobre la base de las específicas circunstancias del caso que “puede extraerse que este proceso falencial fue solicitado y obtenido al único fin de liberar al fallido de una parte sustancial de las deudas contraídas con el banco acreedor, a través del pago parcial de las acreencias derivado del embargo de su salario solo por un tiempo

“Rodríguez, Graciela Del Carmen s/ Quiebra Propia Simple s/ Cuerpo de Ejecución de honorarios de la Cra. Gringruz Beatriz Rita”, -Sentencia n° 36-, RDCO, 259-508.

²⁷ Juzg. Civil y Com., 2ª Nominación, Reconquista, Santa Fe, Octubre de 2023, “Regonat, Natali s/ Quiebra”.

²⁸ CCiv. y Com., Sala III, Mendoza, 28/12/2015, “Doria, Rosa Patricia c/ Conti, Claudia Rosana s/ Ejecucion Honorarios”, LL Gran Cuyo (agosto) 2016, 465.

²⁹ CCiv. y Com., Sala I, Rosario, 27/09/2009, “Servidio, Marta s/ Quiebra”, Microjuris online: MJ-JU-M-67363-AR.

³⁰ CCiv. y Com., Sala II, Tucumán, 29/06/2018, “Juárez s/ Quiebra pedida”, - Sentencia n° 326-.

³¹ CNCom., Sala A, 11/05/2023, “Juárez, Digo P. s/ Quiebra”, La Ley, cita online: AR/JUR/57892/2023.

determinado, esto es, únicamente por el año transcurrido entre la quiebra y la fecha de su rehabilitación, sorteando así no solo una posible ejecución individual, sino incluso su responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento, exonerándose irregularmente de las deudas contraídas mediante la liberación definitiva del pago de los saldos insolutos a la fecha de la susodicha rehabilitación que es propia del trámite de la quiebra” y que “actúa de mala fe el deudor que contrae deudas que ab initio sabe no va a poder pagar, lo hace en un breve lapso de uno o dos meses y por un monto que no guarda relación con sus ingresos, para después presentarse prontamente pidiendo su propia quiebra para purificarse por los efectos de la rehabilitación (arts. 234 y sigtes., LCQ), violando así el art. 1071 del Código Civil, hoy art. 10 CCCN”.

Finalmente, CHOMER agregó que “de aplicarse mecánicamente y sin más, la letra de la ley 24.522, ello derivaría en un resultado injusto, porque determinaría la liberación de las obligaciones previas a la quiebra que aparece consciente y desviadamente utilizada como herramienta para desatender créditos previamente contraídos en la seguridad de que nunca serían satisfechos. Convalidar ese proceder, que lleva a tal desmesura y resultado claramente injusto, no aparece razonable; y es claro que constituiría un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara”.

2.4. Postura personal.

Considero que los gastos de conservación y justicia sí pueden afectar bienes del fallido luego de que éste fuera rehabilitado, aunque no desconozco el grave problema que acarrea esta solución para el consumidor sobreendeudado.

Preliminarmente, y desde una argumentación genética, cabe destacar que, en 1995, los legisladores al sancionar la Ley 24.522 suprimieron, de un modo consciente, la expresa previsión de la liberación del fallido de los saldos insolutos de la quiebra (contemplada en la Ley 19.550), dando sustento a la tesis que admite la posibilidad de afectar bienes del fallido después de rehabilitado para hacerse del pago de los gastos del art. 240 LCQ.

Por otro lado, y contrariamente a lo sostenido por los corifeos de la postura negatoria, estos gastos del proceso no constituyen un

privilegio, sino una categoría ajena y extraconcursal, pues su régimen de satisfacción no sigue la marcha del proceso colectivo, atendándose los respectivos reclamos inmediatamente, y en el supuesto de insuficiencia de fondos está previsto el prorrateo y no la preferencia de algunos de los créditos respecto de los otros.

Es más, la atención a prorrata de los gastos del art. 240 LCQ con el activo falencial no implica que ellos no puedan ser atendidos, asimismo, con el activo generado con posterioridad a la rehabilitación. La prorrata hace a una cuestión de distribución entre acreedores, pero no significa una limitación respecto del activo sobre el cual puede hacerse valer el crédito.

Estas erogaciones causídicas configuran desde su etiología, acreencias posteriores, extraconcursoales, que como todo otro crédito pos-concursal, se encuentran garantizados con los bienes que no fueron objeto del desapoderamiento, es decir, los que conforman la masa pos-rehabilitatoria y en este sentido, no existe norma alguna que excluya de dicho tratamiento a los gastos de conservación y justicia.

En efecto, establecida la diferencia conceptual entre las acreencias anteriores a la quiebra -que sólo pueden ser satisfechas con el producido de los bienes desapoderados (moneda de quiebra) y cuyos saldos insolutos se extinguen frente a la inexistencia de ellos- y las posteriores, es decir aquellas que se generan luego de la falencia y que no benefician al concurso -que sólo pueden ser cobradas sobre los bienes que conforman la masa activa post rehabilitatoria (art. 104, parte 2º, LCQ)-, aparecen los gastos del art. 240 LCQ, que participan de una naturaleza especial y que pueden ser satisfechos también con los bienes desapoderados, pese a ser de génesis posterior a la declaración de quiebra.

Es decir que el responsable de todas las deudas -anteriores y posteriores- es siempre la persona fallida, quien debe satisfacer las deudas de los acreedores verificados por causa o título anterior a la declaración de quiebra con los bienes desapoderados, mientras que los gastos de conservación y justicia pueden ser cobrados también con los bienes obtenidos con posterioridad a la rehabilitación del fallido.

Por ende, al constituir créditos devengados con posterioridad a la quiebra, están autorizados a cobrarse sobre los bienes desapoderados, sino, además, respecto de bienes adquiridos por el deudor luego de su rehabilitación.

Cabe destacar que, si bien es cierto que como está diseñado nuestro sistema legal la quiebra acuerda el derecho al “fresh start”, pero tal liberación de deudas no puede alcanzar a los gastos que generó el proceso porque los mismos son posteriores al momento que se plantea la ley para disponer la “descarga”.

Máxime, si se tiene en cuenta que el crédito por honorarios es de naturaleza alimentaria, por lo que merece una tutela judicial prioritaria. En ese marco, si la ley protege ampliamente a los trabajadores, dada la naturaleza alimentaria de sus créditos, brindado protección a través de diversos institutos (pronto pago y doble privilegio), inexorablemente debe garantizarse la íntegra satisfacción de los estipendios de la Sindicatura. Los cuales, en el caso de la quiebra de consumidores sobreendeudados, ante la falta de liquidación de bienes y la reducida labor profesional dada la pequeña cantidad de acreedores concurrentes, deberán regularse de acuerdo con las previsiones del art. 268 de la LCQ.

Sin perjuicio de estas consideraciones, no puede dejarse de resaltar que la solución que se propicia, que refrenda la brindada desde un plano pretoriano y doctrinal, dada la omisión legislativa sobre el particular imperante en nuestro país, perjudica, gravemente, al fallido. Es que, advirtiendo el estado de angustia, incertidumbre y baja calidad de vida en la que se ven subsumidas las personas y familias sobreendeudadas, el proceso de quiebra, ya ineficaz para brindarles una solución integral a su problemática, les genera un nuevo gran pasivo, este es, los gastos del art. 240 LCQ, al que deberán satisfacer íntegramente. Lo que implica, que su salario, al que pretendían desgravar, continuará afectado por mucho tiempo más.

Una conclusión alarmante sería la de plantear la hipótesis en la cual los fallidos rehabilitados se vean compelidos a solicitar una nueva quiebra (art. 104 LCQ), ante la imposibilidad de poder cancelar los gastos de conservación y justicia provocados por su falencia anterior y las deudas de la vida cotidiana generadas después de aquella.

3.- Faceta administrativa: Disposición n° 11/2023.

El 12/07/2023, en uso de las facultades conferidas por los Artículos 41 y 43 de la Ley n° 24.240 y sus modificatorias, se sancionó la Disposición n° 11/2023, la que aprobó *el reglamento de*

actuación para la prevención y solución del sobreendeudamiento de las y los consumidores en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo (“DNDCyAC”).

3.1. Expresión de motivos.

En la expresión de motivos de la Disposición n° 11/2023, el Director de la DNDCyAC sustentó la iniciativa en el art. 42 de la CN; en las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (especialmente la “C” y la “F” -referida a los mecanismos de solución de controversias y compensación, exhorta a los Estados Miembros a velar por que los procedimientos de solución colectivos sean rápidos, transparentes, justos, poco costosos y accesibles tanto para los consumidores como para las empresas, incluidos los relativos a los casos de sobreendeudamiento y quiebra). Se hizo referencia al “Estudio sobre endeudamientos de familias de sectores populares urbanos” (Convenio Ministerio de Desarrollo Social y Universidad Nacional de San Martín, Consultor responsable: Dr. Ariel Wilkis, Investigador asistente: Dr. Pablo Figueiro, Mayo 2022), los hogares argentinos urbanos que tomaron algún tipo de crédito en los últimos tres meses entre 2003 y 2019 se elevaron ininterrumpidamente desde el 35% a cerca del 62%, según pudo relevarse a partir de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC); advirtiéndose una sustancial modificación en las formas de acceso a derechos básicos como la vivienda, salud, educación y hasta la alimentación, que tradicionalmente habían estado vinculados a la relación salarial en las sociedades industriales, y que ahora se encuentra mediado por la capacidad de los hogares de obtener financiamiento en un muy heterogéneo y desigual mercado del crédito, lo cual supone una fragmentación del acceso a dichos derechos.

En el contexto descripto, dijo que “el endeudamiento y el sobreendeudamiento son situaciones que contribuyen a profundizar las vulnerabilidades inherentes a todas las personas en su calidad de consumidores o consumidoras, incidiendo de manera perjudicial en múltiples aspectos de la vida personal y familiar y fundamentalmente en los sectores más relegados de la sociedad”. Por ello la creación del reglamento se justifica en pos de dar batalla a estas consecuencias disvaliosas de la situación apuntada.

3.2. *Objetivos.*

La implementación del reglamento de actuación para la prevención y solución del sobreendeudamiento de los consumidores presenta los siguientes fines:

a) Prestar asesoramiento técnico específico para el tratamiento de problemáticas de sobreendeudamiento que tramiten ante el Sistema de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y/o ante el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC), dependientes de la DNDCyAC;

b) Facilitar el arribo a acuerdos conciliatorios que respeten de la mejor forma posible los derechos de las y los consumidores endeudados;

c) Posibilitar el dictado de medidas preventivas, medidas para mejor proveer, imputaciones, laudos arbitrales y actos administrativos en general, incorporando un enfoque protectorio específico;

d) Permitir a la DNDCyAC el acceso a información sobre problemáticas específicas para facilitar la resolución de casos individuales, así como para detectar incumplimientos sistemáticos o graves de los proveedores y disponer las medidas que correspondan;

e) Potenciar la interacción entre la DNDCyAC, las y los conciliadores del COPREC y las y los árbitros del SNAC a los efectos de una más eficaz gestión de los casos comprendidos, mediante la puesta a disposición por parte de la DNDCyAC de asistencia técnica especializada, ya sea en forma oficiosa o bien ante la solicitud de asistencia del organismo interviniente;

f) Detectar con celeridad los casos en los que sea necesario el dictado de medidas urgentes, ya sean medidas preventivas de cese, de no innovar o para mejor proveer;

g) Determinar criterios y prioridades de actuación según las particularidades de los casos;

h) Establecer los casos que requieran de asistencia o seguimiento directo, o bien de patrocinio letrado cuando no lo hubiere;

i) Identificar presuntas infracciones pasibles de imputación por las áreas competentes;

j) Generar bases de datos y estadísticas para el diagnóstico y seguimiento de la actividad de proveedores de crédito o financiación y demás sujetos alcanzados, del nivel de endeudamiento de las personas y su grupo familiar, de los índices de litigiosidad por proveedor y/o producto o servicio;

k) Difundir informes comparativos de proveedores y productos o servicios ofrecidos y comercializados, entre otros que puedan ser de interés para el desarrollo de políticas públicas para la protección de las y los consumidores;

l) Efectuar un seguimiento sobre las tasas de interés, cargos y conceptos aplicados en las operaciones de crédito o financiación respecto de los distintos proveedores de crédito o financiación que operen en todo el territorio nacional;

m) Propiciar el establecimiento de acciones de cooperación y convenios de colaboración con entidades académicas y científicas, colegios profesionales y organismos técnicos, del país o del extranjero, para realizar actividades tendientes a fortalecer los recursos técnicos y humanos de las autoridades de aplicación;

n) Convocar a los proveedores de crédito o financiación y demás sujetos obligados, o a las entidades que los representen, para establecer acciones destinadas a prevenir y solucionar situaciones de sobreendeudamiento y/o revertir prácticas o conductas que puedan resultar contrarias a los derechos de las y los consumidores;

o) Implementar acciones adecuadas a las diferentes situaciones de sobreendeudamiento que puedan presentarse, con el objetivo de lograr el más pronto restablecimiento patrimonial de las y los consumidores sobreendeudados.

3.3. *Ámbito de aplicación.*

Constituye objeto del Reglamento los casos individuales o colectivos de sobreendeudamiento originados en cualquier actividad u operación de oferta o comercialización de productos o servicios de

crédito, de financiación o refinanciación, destinados a consumidores y consumidoras personas humanas.

Quedan alcanzadas las situaciones de sobreendeudamiento y/o renegociación o saneamiento de una o varias deudas, o de la totalidad de su pasivo originado en relaciones de consumo.

Cuando la situación de sobreendeudamiento comprometa o pudiera comprometer la satisfacción de necesidades cotidianas de las personas para mantener o acceder a condiciones de vida digna propias o del grupo familiar, o cuando afecte a personas con vulnerabilidad agravada, se adoptarán medidas y procedimientos urgentes para brindar una respuesta eficaz y adecuada a las particularidades del caso.

Por su parte están comprendidas prácticas comerciales en general desplegadas para la promoción y comercialización de productos o servicios de crédito, financiación o refinanciación, especialmente la publicidad cualquiera sea la forma o medio utilizado para su divulgación, los servicios de atención y comunicación presencial o a distancia y los métodos de cobranzas extrajudiciales.

A su vez, están alcanzada la gestión de casos en las que el proveedor de crédito, financiación o refinanciación, sea una persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, se trate de entidades financieras o no financieras; proveedores digitales de crédito, financiación o refinanciación a través de portales, aplicaciones o plataformas de internet; billeteras digitales; fideicomisos; cooperativas y mutuales; agentes de cobro o recupero; entre otros, así como cualquier tercero que directa o indirectamente se vincule con aquellos y/o intervenga y/o participe de cualquiera modo de la operación o de la actividad.

También podrá aplicarse a la gestión de casos en los que se encuentren involucrados fiadores, garantes, coobligados o herederos de consumidores o consumidoras sobreendeudados.

3.4. Principios.

La tramitación de los casos de sobreendeudamiento por parte de la DNDCyAC y sus dependencias, estará orientada por los siguientes principios:

- a) Buena Fe: se presume la buena fe de la o el consumidor o usuario endeudado;
- b) Transparencia: la apreciación de la información y documentación que suministren los proveedores de crédito o financiación a las y los consumidores, o a las autoridades competentes, tendrá en cuenta el debido cumplimiento de los requisitos de veracidad, claridad, objetividad, completitud, detalle y oportunidad adecuada, incluyendo todas las explicaciones necesarias para que sea comprensible para personas inexpertas;
- c) Sustentabilidad económica: el endeudamiento no debe comprometer el mantenimiento o el acceso a condiciones de vida digna propias y del grupo familiar conviviente del consumidor;
- d) Pronta rehabilitación económica: la persona en situación de sobreendeudamiento debe poder restablecer su capacidad de acceso al crédito o financiamiento si así lo necesitara o decidiera, en el menor tiempo y con el menor nivel de endeudamiento posibles;
- e) Prevención: las prácticas comerciales desarrolladas por los proveedores de crédito o financiación en las relaciones de consumo, especialmente la publicidad difundida a través de cualquier medio, no debe fomentar el sobreendeudamiento;
- f) Crédito o financiación responsable: los proveedores de crédito o financiación para consumo deben actuar con la debida diligencia profesional, asesorando y aconsejando activamente a las y los consumidores sobre la conveniencia de la toma del crédito, de financiación o de refinanciación, según las opciones disponibles y teniendo en consideración sus verdaderas necesidades y posibilidades económicas;
- g) Fuerza mayor social: serán objeto de especial contemplación las situaciones generadas por hechos previsible pero inevitables que imposibiliten o hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones asumidas por consumidores o consumidoras, tales como una enfermedad sobrevenida propia o de algún miembro del grupo familiar, accidentes que afecten la salud o la capacidad laboral, la pérdida del trabajo o de la fuente de ingresos o la imprevista disminución de los mismos, entre otras;
- h) Inclusión financiera: se favorecerá que el acceso a productos y servicios de crédito y financieros se desarrolle desde una

perspectiva social, federal, de género y que atienda las necesidades para acceder a condiciones de vida digna con el objetivo de lograr un sistema más justo, inclusivo y equitativo;

i) Transversalidad: las acciones y políticas propiciarán la coordinación con otras áreas y organismos de la administración pública nacional, provincial o municipal con competencias en temáticas relacionadas con la presente a los efectos de intercambiar información, conocimientos y recursos técnicos en pos de proveer protección y educación integral y uniforme a las personas en las relaciones de consumo crediticias o financieras.

3.5. Unidad Especializada en Sobreendeudamiento.

La implementación del Reglamento se encuentra a cargo de una Unidad Especializada en Sobreendeudamiento (“UES”) integrada por personal, capacitado y especializado en la temática, dependiente de la DNDCyAC o proveniente de otras reparticiones de la Administración Pública Nacional que pudiera incorporarse.

En los casos que intervenga la UES, de oficio o a requisitoria, entre otras, podrá desarrollar las siguientes funciones:

a) Sugerir la requisitoria de información o documentación a las y los consumidores denunciantes, a los proveedores u otros organismos públicos o privados;

b) Practicar o controlar liquidaciones de deudas;

c) Revisar la verosimilitud y legalidad de la documentación incorporada a las actuaciones;

d) Analizar la existencia del destino final, familiar o social de las operaciones o actividades que dieron origen a las deudas denunciadas por la persona reclamante;

e) Controlar vencimientos y plazos de prescripción;

f) Aconsejar la incorporación a las actuaciones de proveedores omitidos y que formen parte de la relación de consumo o resulten eventualmente responsables;

g) Proponer criterios y prioridades de intervención según las particularidades de los casos;

h) Realizar el seguimiento de casos que resulten de particular interés, especialmente cuando se trate de actuaciones de incidencia colectiva, que involucren presuntas afectaciones de bienes esenciales o condiciones de vida digna o que puedan afectar derechos de consumidores o consumidoras hipervulnerables, entre otras;

i) Prestar asistencia jurídica en las audiencias o casos que tramitan ante el COPREC o el SNAC;

j) Verificar que la documentación contractual no contenga cláusulas abusivas y se ajuste a las formalidades y requisitos establecidos en la legislación de aplicación, especialmente a lo establecido en los artículos 36, 37, 38 y concordantes de la Ley 24.240, 1096 y siguientes, 1378 a 1389 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito; normas del BCRA; y sus respectivas reglamentaciones, entre otras normas que puedan resultar de aplicación, e informar de esta situación a la DNDCyAC;

k) Controlar que las tasas de interés se encuentren debidamente informadas y establecidas conforme las exigencias contempladas en la legislación, y en caso de corresponder, que las mismas no superen los límites establecidos;

l) Detectar la existencia de cualquier práctica comercial presuntamente ilícita, incluyendo las prácticas contrarias al trato digno y equitativo y la publicidad comercial engañosa o abusiva;

m) En el caso de advertir la existencia de presuntos ilícitos penales, adoptar las medidas necesarias para dar intervención a las y los funcionarios competentes; n) Proponer alternativas para la solución conciliada de los casos;

ñ) Revisar o proponer, según sea el caso, acuerdos de renegociación de deudas; o) Comunicar a la DNDCYAC la existencia de conductas repetitivas y/o afectaciones de incidencia colectiva a los efectos de adoptar las medidas que pudieran corresponder;

p) En el caso de proveedores sometidos al control del Banco Central de la República Argentina revisar el acatamiento de la normativa emitida por esa entidad proponiendo a la DNDCYAC la intervención de aquél organismo en lo que no sea competencia de ésta;

q) Proponer a la DNDCYAC el requerimiento de informes y/o documentación a proveedores de crédito o financiación a consumidores o consumidoras cualquiera sea su naturaleza, a proveedores públicos o privados de bases de datos de antecedentes financieros o a cualquier tercero directa o indirectamente vinculado con ellos;

r) Proponer a la DNDCYAC el requerimiento de informes y/o documentación obrante en expedientes judiciales o administrativos que involucren a las y los consumidores denunciadores y/o a los proveedores denunciados;

s) Velar por el respeto del orden público protectorio, vigilando que no existan contratos, convenios, documentos o cualquier circunstancia capaz de afectar derechos indisponibles;

t) Identificar presuntas infracciones a las normas generales y especiales que integran el sistema legal de protección de consumidores y usuarios que sean pasibles de imputación y comunicarlo a las áreas competentes.

u) Toda otra función razonablemente implícita en las anteriores, conducente al mejor desarrollo de sus tareas y objetivos.

Se destaca que la UES debe desarrollar en forma permanente una activa vigilancia de los reclamos ingresados a través de la Ventanilla Única Federal de Defensa del Consumidor (“VUF”) a los efectos de detectar cualquiera de las circunstancias que eventualmente puedan encuadrarse en los supuestos establecidos en la Sección 2 del presente Reglamento, estas son, las que afecten las condiciones de vida digna del consumidor y lo pongan en situación de vulnerabilidad agravada o extrema.

La UES podrá solicitar, por intermedio de la Dirección Nacional de Defensa de las y los Consumidores y Arbitraje de Consumo y en los términos del artículo 43 de la ley 24.240, la presentación de los informes y/o la documentación que considere necesaria a los fines del cumplimiento de los objetivos de la presente disposición.

3.6.- Abrogación de la Disposición.

La resolución 51/2024, de la Secretaría de Comercio, del Ministerio de Economía, de fecha 26/01/2024, derogó la Disposición n° 11/2023, junto a otros 68 normas que, según lo que se evaluaba, *“obstaculizaban las relaciones comerciales entre ciudadanos y promovían un rol intervencionista del Estado”*. Su buscaba con esta normativa *“disminuir la burocracia, fortalecer la competencia y mejorar el comercio”*.

4.- Consideraciones finales. Imperiosa necesidad de una reforma.

4.1.- El sistema económico pone al alcance de las personas todo tipo de productos y bienes para el consumo a los fines de satisfacer necesidades o deseos, sustentado por el mercado globalizado e influenciado por los patrones impuestos por el marketing, lo que lleva a crear necesidades en la comunidad, requiriendo irremediamente del crédito, el que se presenta como nexo para que los consumidores adquieran de manera ágil y sencilla bienes que de contado no lo podrían hacer.

Es el propio Estado el que promueve al consumo a través de diversas facilidades que brinda a los ciudadanos, aunque sin tomar recaudos efectivos de prevención ni de reparación ante el sobreendeudamiento de personas humanas que se endeudan para vivir y con la finalidad de acceder a las condiciones de vida que le ofrece la sociedad actual.

Estas personas carecen de la posibilidad de mantenerse dignamente y, mucho menos, a su familia, ya que, en la mayoría de los casos, los descuentos realizados en su salario -único activo del patrimonio- lo reducen a montos mínimos. La situación planteada subsume a ese hogar sobreendeudado en una situación permanente de pobreza, o la agrava si ya se encontraba presente.

La única salida que advierten disponible este sujetos en nuestro país es la quiebra, instituto que no constituye una herramienta eficiente para solucionar integralmente su problemática. Es más, trae aparejado una serie de inconvenientes, no sólo para el fallido, sino, además, para el resto de los sujetos involucrados por este proceso

universal, puesto que esta clase de juicio está diagramado para solucionar la insolvencia de la mediana y gran empresa.

4.2.- Desde el plano jurisdiccional, en la actualidad, la disputa, que existió años atrás, sobre si es viable judicialmente declarar la apertura (doctrina³² y jurisprudencia³³) o el rechazo (doctrina³⁴ y

³² ANCHÁVAL, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2011, ps. 262 y ss.; del mismo autor, “Los pequeños concursos y el sobreendeudamiento de los consumidores”, en MARTORELL, Ernesto E. (Dir.), *Tratado de Derecho Comercial*, T. XIII, La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 991 y ss.; del mismo autor, “El nuevo sujeto concursal”, LL, 2010-F, 1079; BOQUÍN, Gabriela F., “El concurso del consumidor”, DSCE, XXVII (Diciembre), 2015; DE CÉSARIS, María C., “La quiebra directa ‘voluntaria’ del consumidor sobreendeudado”, Foro de Práctica Profesional Digital, Año II, n° 5, Santa Fe, 2009; USANDIZAGA, Manuel: “El abusivo ejercicio del derecho a solicitar la propia quiebra”, LLLitoral, Febrero (2015), p. 30; DE LAS MORENAS, Gabriel, “Rechazo de quiebra voluntaria por ausencia de activos. Una polémica vigente. ¿Existe un derecho a quebrar?. ¿Es ejercitable ese derecho por las personas de escasos recursos?”, LL (SCyQ), 02/10/2008, p. 34; del mismo autor, “Reciente legislación de Mendoza sobre las consecuencias de la quiebra en los empleos públicos”, LLGranCuyo, Julio (2010), p. 503; LANZA CASTELLI, César, “Tratamiento de las quiebras sin activo”, IJ-LXXV-38; REGGIARDO, Roberto S., “El pedido de propia quiebra del asalariado sin otros bienes que su remuneración”, DCCyE, 2014 (junio), 112 y LL, cita online: AR/DOC/1665/2014; VINTI, Ángela M., “El anacronismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente”, LLBA, 2014 (mayo), 355; ILLANES, Carlos L., “Abusica liberación de deuda en la legislación concursal actual”, DCCyE, 2013 (junio), 3 y LL, cita online: AR/DOC/5027/2012; RIVERA, Julio C. - CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A. - DI TULLIO, José A. - GRAZIABILE, Darío J. - RIBERA, Carlos E., *Derecho Concursal*, T. III, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 85; GERBAUDO, Germán E., “Aproximaciones a algunas cuestiones que conforman la actual agenda del derecho concursal”, DSCE, XXIV (Junio), 2012; del mismo autor, “El problema del consumidor sobreendeudado. La necesidad de un proceso concursal especial y la crítica a la jurisprudencia que desestima los pedidos de propia quiebra ante la ausencia de activo liquidable”, Diario Comercial, Económico y Empresarial n° 112, de fecha 29/03/2017; del mismo autor: “La constitucionalización del derecho privado y su incidencia en el derecho concursal”, DSCE, Errepar, noviembre-2016, cita digital: EOLD095025A; PEREYRA, Valeria C., “El abuso del derecho en el ámbito concursal”, RCCyC, (julio) 2020, 37 y LL, cita online: AR/DOC/1884/2020; TRUFFAT, E. Daniel, “Pedido de propia quiebra del consumidor sobreendeudado y la crisis que seguirá a la pandemia”, DECONOMI, Año III, n° 2, UBA, 2020, p. 139.

jurisprudencia³⁵) de los pedidos de quiebra por parte de los consumidores sobreendeudados³⁶ ha disminuido radicalmente -hasta el

³³ CNCom., Sala F, 29/02/2013, “Afakot Agencia de Publicidad SRL s/ Pedido de Quiebra por Elencwajg, Julián”, LL, cita online: AR/JUR/5815/2013; CCiv. y Com., Sala I, Tucumán, 30/05/2013, “Segovia, Francisco S. s/ Quiebra Pedida”; *id.*, 30/05/2013, “González, Edmundo J. s/ Quiebra”; *id.*, 30/04/2014, “Ortiz, Carlos A. s/ Quiebra pedida”; CCiv. y Com., Sala II, Tucumán, 19/06/2015, “Campos, Andrés A. s/ Quiebra pedida”; CCiv. y Com., Sala III, Tucumán, 16/05/2004, “Juárez, Gabriel A. s/ Quiebra pedida”; 23/09/2013, “Encinar, Mario H. s/ Quiebra Pedida”; *id.*, 18/04/2013, “Graneros, Daminana E. s/ Quiebra Pedida”; *id.*, 30/11/2012, “Santillán, Héctor s/ Quiebra Pedida”; CCiv. y Com., Necochea, 19/09/2013, “C. J. A. s/ Quiebra (pequeña)”, eDial.com: AA82ED; *id.*, 05/09/2013, “D. R. R. s/ Quiebra (pequeña)”, eDial.com: AA8213; CCiv. y Com., Sala IV, Rosario, 21/10/2014, “Dinamo, Rubén A. s/ Propia Quiebra”, LLLitoral, 2015 (febrero), 30; CCiv. y Com., Mar del Plata, 08/10/2009, “Vuichard, Mónica N. s/ Quiebra”; CCiv. y Com., Sala I, La Plata, “Martínez, Marta B. s/ Quiebra pequeña”.

³⁴ MICELLI, María I., “Un límite necesario al uso antifuncional de la quiebra voluntaria”, LLLitoral, 2007 (diciembre), 1135; COLL, Osvaldo W., “La creación de tribunales arbitrales para el tratamiento del concurso o quiebra de consumidores”, ponencia al *VIII Congreso Argentino de Derecho Concurso y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, “La nueva agenda concursal”, Tucumán, 2012, ps. 67 y ss; BARACAT, Edgar J. - MICELLI, María I. “La crisis del sistema ante la desnaturalización del proceso falencial”, ponencia al *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario, T. I, “Moralización en los procesos concursales”, 2006, ps. 81 y ss; BARACAT, Edgar J., “Pequeñas quiebras y deudores de mala fe”, LL 2009-B-1229; FRAGAPANE, Héctor R., “La presentación en quiebra sin bienes y los principios generales del proceso concursal”, en FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) - BERGEL, Salvador D. – NISSEN, Ricardo A. (Dir.), *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, T. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 44 y ss.; MARTÍN, Lidia R., “Análisis económico del consumidor sobreendeudado y su afectación al instituto concursal”, *Práctica y Actualidad Concursal*, Errepar, n° 155 (Febrero), 2013; DALLA FONTANA, Nilda Graciela, “Sobreendeudamiento del consumidor, trabajador y jubilado”, ponencia en *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. II, Fespresa, Córdoba, 2015, ps. 156/165; ALONSO, Daniel F., “Las quiebras directas voluntarias de personas físicas no comerciantes”, LLO: AR/DOC/501/2014.

³⁵ CCiv. y Com., Sala I, Rosario, 20/04/2020, “Franco, Víctor J. s/ Pedido de quiebra”; CCiv. y Com., Sala II, Rosario, 19/03/2018, “Forni, María F. s/

punto de considerarse que ha cesado-, puesto que se impuso en la judicatura, con el correr de los años, la cosmovisión de que se está frente a una persona humana (la que vive inmersa en un hogar con otras personas a su cargo) en situación (todos ellos) de hipervulnerabilidad³⁷ y que el proceso de quiebra, a pesar de ser

Pedido de quiebra”; CCiv. y Com., Rosario, Sala III, 06/10/2015, “M. J. A. s/ Propia Quiebra”, Errepar Online; *id.*, 23/10/2013, “Chebli, Isabel s/ Quiebra pedida”, LLLitoral, 2014 (febrero), 102; *id.*, 27/11/2007, “Gargano, Héctor B. s/ Quiebra pedida”; CCiv. y Com., Sala IV, Rosario, 08/03/2010, “Correnti, Rosario s/ Propia quiebra”; *id.*, 07/09/2007, “Gerlo, Rolando Antonio”, LLLitoral, 2007 (diciembre), 1135; *id.*, 27/08/2007, “Mac Guire, Daniel s/ Pedido de propia quiebra”; *id.*, 22/02/2008, “Tudela, Fernando H. s/ Pedido de propia quiebra”; *id.*, 12/06/2008, “Calvo Sabina Noemí s/ Pedido de propia quiebra”; Disidencia del Dr. Raúl H. BEJAS en CCiv. y Com., Sala III, Tucumán, 13/05/2015, “García, Ana del Carmen s/ Quiebra pedida”; Disidencia del Dr. Benjamín MOISA en CCiv. y Com., Sala II, Tucumán, 19/06/2015, “Campos, Andrés A. s/ Quiebra pedida”; Juzg. Proc. Conc. y Registro, n° 2, Mendoza, 14/04/2008, “Oro Olga Rosa”; Juzg. Proc. Conc. y Registro n° 3, Mendoza, 28/08/2006, “Costarelli Enrique s/ Quiebra”, LL, cita online: AR/JUR/11087/2006; *id.*, 03/11/1995, “Soletti”; Juzg. Civ. y Com., VIII° Nom., (Secretaria Concursal), Tucumán, 13/02/2015, firme, “Herrera, Carlos A. s/ Quiebra pedida”; *id.*, 13/02/2015, firme, “Oviedo, Marta E. s/ Quiebra pedida”.

³⁶ Para un análisis detallado de los argumentos de las posturas referidas ver: ALEGRIA, Héctor - DI LELLA, Nicolás J., “La insolvencia de los consumidores (sobreendeudamiento)”, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2016-I, ps. 35/91 y cita online: RC D 1160/2017.

³⁷ BOQUÍN, Gabriel F. - FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia A. (Directoras), *Vulnerabilidad en el proceso comercial. Protección especial de la justicia ante la desigualdad*, Astrea, Buenos Aires, 2023; BOQUÍN, Gabriela F. – D’UBALDO, Brenda A., “Sobreendeudamiento del consumidor: la problemática del acceso a la justicia. Análisis de la normativa vigente y posibles soluciones”, LL, cita online: AR/DOC/2970/2023; BAROCELLI, Sergio S., “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en BAROCELLI, Sergio S. (Dir.), *Consumidores hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018, ps. 9 y ss.; del mismo autor “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, LL, 2018-B, 783 y LL, cita online: AR/DOC/523/2018; del mismo autor, “Consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, LL, cita online: AR/JUR/591/2019; JUNYENT BAS, Francisco - JUNYENT DE DUTARI, Patricia M., “Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el

totalmente inadecuado y contraproducente, es el único que permite, en alguna medida, atender su situación de crisis patrimonial, provocar la liberación del deudor y permitir su “restablecimiento” económico.

Ello teniendo en consideración el contexto político y económico actual y la absoluta omisión por parte del Estado Argentino en reformar el sistema vigente o sancionar una ley especial sobre la materia (como sucede en otras cuestiones controvertidas, como es el tema de la concurrencia de acreedores vulnerables en los procesos de crisis³⁸).

Es que, a diferencia de lo que existe en la mayoría de los países del mundo³⁹, la Argentina no cuenta con un proceso ágil, económico y simplificado, que permita tutelar, integral y eficazmente,

Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, ED, 05/04/2009, cita digital: ED-DCCLXXVII-744; KALAFATICH, Caren D. - BAROCELLI, Sergio S., “Gratuidad en los procesos de consumo”, LL, 2017-D, 1 y LL, cita online: AR/DOC/1647/2017; PÉREZ, Eduardo A., “El consumidor hipervulnerable ¿se justifica un nuevo régimen?”, LL, cita online: AR/DOC/2112/2020; NAZAR DE LA VEGA, Gonzalo M. - RODRÍGUEZ PERÍA, M. Eugenia, “Protección jurídico de los consumidores hipervulnerables”, LL, cita online: AR/DOC/2111/2020; KALAFATICH, Caren D., “Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables”, en BAROCELLI (Dir.), *Consumidores hipervulnerables*, ps. 604 y ss.; de la misma autora, “Acceso a la justicia y consumidores hipervulnerables”, IJ-CMXXVII-838; GHERSI, Carlos A. – WEINGARTEN, Celia, Manual de los derechos de los usuarios y consumidores, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 19; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Una nueva categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada”, LL, cita online: AR/DOC/2029/2020; STIGLITZ, Gabriel A. – SAHIÁN, José A., El nuevo derecho del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 206; MENDIETA, Ezequiel N., “Igualdad y grupos desaventajados. a propósito de los consumidores vulnerables o hipervulnerables”, LL, cita online: AR/DOC/2878/2018. En sentido conteste: RUSCONI, Dante D., “Consumidores hipervulnerables, claroscuros de una regulación redundante”, LL, Cita Online: AR/DOC/2824/2020.

³⁸ DI LELLA, Nicolás J., “Controversias en la concurrencia de acreedores vulnerables en los procesos concursales”, Revista “Estudios de Derecho Empresario”, vol. 26, 27/09/2023, Córdoba, ps. 46-88.

³⁹ Ver estudio sobre el derecho comparado en: DI LELLA, Nicolás J., “Pequeños Concursos y Quiebras”, en FRICK, Pablo D. (Dir.), *Manual de Concursos, Quiebras y otros procesos liquidatorios*, T. II, el.Dial.com, Buenos Aires, 2023, ps. 495/509.

a los consumidores sobreendeudados -personas hipervulnerables-, a la par que garantice los derechos de los acreedores de aquellos.

Ante la situación apuntada, partiendo de la base que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, nuestro país, al no arbitrar mecanismos judiciales y/o administrativos idóneos que brinden una solución efectiva, eficiente y adecuada para este grupo de personas humanas en situación de vulnerabilidad, podría llegar a ser pasible de un reclamo de responsabilidad internacional.

Ello por conculcar los preceptos del art. 2º y ccs. de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que la protección de derechos esenciales (v. gr. a una vida y vivienda digna, integridad personal, salud, educación) de personas humanas que cuentan como único activo su salario, menguado, o directamente extinguido, por deudas de consumo para subsistir, hace a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado.

Y este postulado de responsabilidad adquiere mayor relevancia si se tiene en consideración, que es el propio Estado que contribuye a esta situación de sobreendeudamientos de pequeños consumidores, fomentando el crecimiento del consumo como motor del sistema, aunque sin efectuar las campañas educativas como reformas legislativas necesarias, omitiendo controlar y sancionar activamente conductas que atentan contra el orden público económico, y ser renuente a procedimentar todo aquello conducente a la prevención y resolución de esta patología.

Es que, como lo ha entendido pacíficamente la doctrina, el régimen de “los pequeños concursos” regulado en los arts. 288 y 289 de la LCQ, no resulta adecuado para sanear la problemática de los consumidores sobreendeudados.

Es más, su tramitación trae aparejado consecuencias disvaliosas para el propio consumidor -peticionante de su propia quiebra- como para todos los involucrados en el proceso, a saber:

(i) con relación al fallido, teniendo en consideración la carencia absoluta de bienes, la clausura de la quiebra por falta de activo devendría inevitable (cf. arts. 232 y 233 LCQ), con la consiguiente presunción de fraude y el necesario anociamiento a la justicia penal a los fines que se investigue la eventual configuración

de delitos (arts. 176 a 179 del Cód. Penal), proceso que demandará varios años en aquella sede. Cabe tener presente, en este aspecto, que la declaración en quiebra, podría llegar a afectar la continuidad o ascenso de la persona humana en su trabajo. Y, finalmente, acudir a este juicio universal importará una nueva deuda para el consumidor, cual es, la de los gastos del proceso (v. gr. tasa judicial; honorarios; edictos);

(ii) para los acreedores -de causa o título anterior a la declaración de quiebra- que, a fin de poder ejercer los derechos y participar de los resultados que la ley les otorga, tendrían la carga de concurrir inexorablemente al proceso falencial con los gastos que ello traería aparejado (v. gr. arancel art. 32 LCQ; contratación de asistencia letrada; entre otros), sin la más mínima aspiración por obtener la satisfacción de sus acreencias.

(iii) con relación al Síndico y demás funcionarios del proceso, que se desinsacularían en caso de admitirse la apertura de la quiebra, estos profesionales desplegarían todas las funciones que le acuerda la LCQ sin ninguna expectativa de cobro de sus honorarios; ello, sin contar que al ser designados como tales en este proceso sin activo perderían de manera temporal la posibilidad de desempeñarse profesionalmente en otro proceso concursal en el que podría percibir una remuneración acorde a su labor. Ello trajo aparejado, en una gran cantidad de jurisdicciones, la falta de aceptación del cargo de los Síndicos y la imposibilidad material de comenzar con el trámite concursal; y,

(iv) para la administración judicial, la apertura del procedimiento falimentario en comentario, ocasionaría un dispendio jurisdiccional innecesario ante un proceso que inexorablemente será clausurado por falta de activo y, finalmente, concluido en los términos del art. 231, in fine, de la LCQ; sin que los acreedores ni los profesionales que intervinieron hubieran percibido la cancelación de sus créditos.

4.3.- Lo expuesto hasta aquí denota la imperiosa y urgente necesidad de una reforma legislativa en materia de sobreendeudamiento de los consumidores.

En nuestro país han existido una gran cantidad de proyectos de modificación a la ley concursal sobre esta temática. Prueba de ello se puede citar:

a) el del año 2008⁴⁰, presentado por los congresales Vilma Ibarra, Alejandro Rossi y Jorge Cigogna, cuya autoría era de los Dres. TRUFFAT, BARREIRO y LORENTE.

b) el del año 2011⁴¹, titulado “Salvataje de consumidores sobreendeudados”, realizado por la Dra. NEGRE DE ALONSO (bajo el n° 1651/2011) y estaba destinado a personas humanas cuyo sueldo mensual no supere los 20 salarios mínimos vitales y móviles (SMVyM) y su pasivo no supere el 300% de aquél y todo comerciante cuyo pasivo denunciado no alcance la suma de 30 SMVyM. Es requisito la buena fe del deudor sobreendeudado (*se presume iuris tantum*).

c) el del año 2015⁴². El 22/05/2015 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dictó la resolución n° 1163 por medio

⁴⁰ Véase con más detalle en CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, actualizado bajo la dirección de MARTORELL, Ernesto E. (actualizador del Capítulo LIX “Sobre los pequeños concursos y quiebras”: TRUFFAT, E. Daniel), T. V, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 458 y ss.

⁴¹ Léase en NEGRE DE ALONSO, Liliana T., “Sobreendeudamiento del consumidor. Pre-Proyecto de Ley. Salvataje del consumidor sobreendeudado”, ED, 260-461 y analizado por GACIO, Marisa, “Análisis del proyecto de ley de sobreendeudamiento de los pequeños deudores”, *Práctica y Actividad Concursal*, Errepar (Enero), 2013; LOVECE, Graciela I., “El sobreendeudamiento del consumidor. Un proyecto que intenta cubrir la necesidad de una regulación específica”, LL, Suplemento de Actualidad, 11/10/2011, 1; CANDAME, María A., “Apuntes sobre el procedimiento propuesto en el proyecto de ley del régimen de sobreendeudamiento para pequeños consumidores”, ponencia en el *VIII Congreso Argentino de Derecho Concurso y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, T. III, “La nueva agenda concursal”, Tucumán, 2012, ps. 51/65; RASPALL, Miguel A., “Comentarios al proyecto de ley de régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores”, ponencia en el *VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal...*, T. III, ps. 285 y ss.

⁴² Proyecto de Reformas a la Ley 24.552 de Concursos y Quiebras, 1ª ed., Departamento de Derechos Económico Empresarial, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, ps. 41/56. Para un análisis del proyecto de reforma ver: ALEGRIA, Héctor - DI LELLA, Nicolás J., “La insolvencia de los consumidores (sobreendeudamiento)”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal Culzoni, 2016-I, ps. 35/91 y cita online: RC D 1160/2017; GRAZIABILE, Darío J., “Proyectos de reformas de la ley 24.522. Pequeños concursos y concurso del consumidor sobreendeudado. Comentario

de la cual dispuso la formación de una comisión reformadora de la legislación concursal (integrada por los Dres. CHOMER; VÍTOLO; VEIGA; JUNYENT BAS; TÉVEZ; GARCÍA CUERVA y HAISSINER) a fin de adecuar el régimen previsto por los arts. 288 y 289 a una regulación específica a consumidores sobreendeudados; a microempresas y a todas aquellas situaciones de crisis de solvencia de sujetos merecedores de procedimientos más dinámicos.

Desde otro costado, se advierte un proyecto de implementación de un Código de Defensa del Consumidor (Expte. N° 3143-D-2020) y de un Código de Defensa de las y los Consumidores (Expte. N° 5156-D- 2020), en los que se han previsto medidas preventivas y de saneamiento del sobreendeudamiento del consumidor.⁴³

Ninguno de los proyectos reseñados precedentemente, ha tenido un debate en el Congreso y, en la actualidad, perdieron estado parlamentario.

Al punto de que la Provincia de Mendoza, una de las más afectadas por esta problemática (dado el severo abarrotamiento de los Juzgados concursales), frente a la omisión por parte del Estado Nacional de reformar la legislación sobre esta materia, sancionó la Ley n° 9.001, del 30 de Agosto de 2017, con entrada en vigencia desde el 1° de Febrero de 2018, regulando en su Código Procesal Civil,

crítico”, Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor, Erreius, (noviembre), 2016, cita digital: IUSDC284909A; DE MARIO, Gastón J., “Análisis del Proyecto de Ley de Sobreendeudamiento del Consumidor creado por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 1163/2015”, Revista de Derecho del Consumidor, n° 7, 07/08/2019, cita online: IJ-DCCLV-685.

⁴³ STIGLITZ, Gabriel A., “Codificación de la defensa del consumidor”, ED, 22/12/2020, cita digital: ED-MIII-39; HERNÁNDEZ, Carlos A. – JAPAZE, María B. – OSSOLA, Federico A. – SOZZO, Gonzalo – STIGLITZ, Gabriel A., “Hacia el Código de Defensa del Consumidor”, LL, cita online: AR/DOC/592/2021; MENDIETA, Ezequiel N., “Las directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor y su influencia en el Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores”, RDCO, 305-191 y LL, cita online: AR/DOC/2591/2020; FRUSTAGLI, Sandra A. - VALLESPINOS, Carlos G., “El proyecto de código de defensa del consumidor, en pleno debate parlamentario. Una obra de la comunidad académica, con apoyo institucional y profesional”, LL, cita online: AR/DOC/3015/2020.

Comercial y de Minas, un proceso concursal simplificado para los consumidores sobreendeudados⁴⁴.

⁴⁴ El citado trámite procesal está dirigido a la persona humana que no realiza actividad económica organizada o que se encuentre en estado de cesación de pagos o con dificultades económicas o financieras de carácter general, originadas con motivo de relaciones de consumo (art. 359). A los fines de lograr su apertura, el consumidor deberá acompañar, además de los recaudos establecidos para la demanda, en lo pertinente: a) un estado de activo y pasivo actualizado a la fecha de la presentación, con indicación precisa de las normas seguidas para su valuación; b) un listado de acreedores con indicación de sus domicilios, monto de los créditos, causas, vencimientos, codeudores, fiadores o terceros obligados o responsables; c) un listado de juicios o procesos administrativos en trámite o con condena no cumplida, precisando su radicación y d) el texto del acuerdo propuesto a sus acreedores (art. 360). Además de la notificación por cédula a los acreedores denunciados, la presentación del acuerdo para su homologación debe ser hecha conocer mediante edictos por cinco días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del Tribunal y un diario de gran circulación del lugar (art. 361). Cumplida la notificación precedente y ordenada la publicación de los edictos, quedan suspendidos los descuentos que por obligaciones de causa o título anterior a la presentación se efectúen sobre el salario del consumidor, tanto directamente por el empleador como en la cuenta bancaria donde el mismo sea acreditado. Asimismo, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor, con las exclusiones dispuestas por el art. 21, LCQ (art. 362). Dentro de los treinta días de ordenada la publicación de edictos, el consumidor deberá acompañar las conformidades al acuerdo, según los lineamientos de los arts. 70 y 71, LCQ. Con la presentación de las conformidades deberá indicar el monto de capital que representan los acreedores que han firmado el acuerdo, y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores denunciados por el deudor (art. 363). Para que proceda la homologación judicial al acuerdo es necesario que hayan prestado su conformidad la mayoría absoluta de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario total, excluyéndose del cómputo a los acreedores comprendidos en las previsiones del art. 45 LCQ (art. 364). En caso que no sean alcanzadas las mayorías de ley, a pedido de parte el Juez podrá homologar el acuerdo que hubiere sido alcanzado con los acreedores, con efecto exclusivo entre ellas, siempre que tal alternativa haya sido prevista en el mismo acuerdo y en la medida que se estime que ello permitirá superar la cesación de pagos o las dificultades económicas o financieras de carácter general. El acuerdo parcial homologado y los pagos que en consecuencia se efectúen, serán oponibles en caso de una quiebra posterior (art. 365). Podrán oponerse al acuerdo los acreedores denunciados y aquellos que demuestren

4.5.- También esta situación de desamparo legislativo ha llevado a la judicatura a implementar soluciones novedosas en aras de proteger a la persona sobreendeudada en situación de hipervulnerabilidad. A esos efectos, podemos citar dos casos recientes:

a) Falta de pago de los edictos.

En un caso⁴⁵ (concurso preventivo de un consumidor), se resolvió dejar sin efecto la resolución por medio de la cual se tuvo por desistido al concursado, en tanto no cumplimentó la publicación de edictos dispuesta por el art. 27 LCQ en razón de la gravosa situación

sumariamente haber sido omitidos en el listado, hasta los diez días posteriores al vencimiento del lapso de negociación, y podrá fundarse solamente en omisiones o exageraciones del activo o pasivo o en la inexistencia de la mayoría exigida. De ser necesario se abrirá a prueba por diez días y el Juez resolverá dentro de los diez días posteriores a la finalización del período probatorio. Si estuvieren cumplidos los requisitos legales y no mediaran oposiciones, el Juez homologará el acuerdo (art. 366). La homologación del acuerdo produce todos los efectos que en un concurso preventivo ordinario, aunque solo respecto de los créditos denunciados por el deudor (art. 367). Está prevista la nulidad del acuerdo fundada en el dolo para ocultar el pasivo (art. 368). Como novedad, se destaca en el Código Proceal mendocino, la previsión que en cualquier etapa del trámite que el Juez disponga, o que el deudor o cualquier acreedor solicite, que sea abierta la instancia de mediación por un plazo no mayor a quince días; la cual tramitará en la sede del Tribunal (art. 369). Por otro lado, si vencido el período de negociación no hubiesen sido acompañadas las conformidades en las mayorías de ley, a pedido del deudor, el Juez podrá fijar una audiencia conciliatoria a fin de promover la celebración del acuerdo. En su petición, el deudor deberá acreditar que ha agotado las diligencias necesarias para la formación del consentimiento sin que los acreedores hayan manifestado su voluntad (positiva o negativa) en la proporción necesaria para la conformación del acuerdo. Esta decisión debe ser notificada por cédula. El acreedor denunciado que no comparezca a la audiencia será declarado rebelde, con los efectos de no integrar su crédito la base para el cómputo de mayorías y resultándole aplicable el acuerdo que resulte homologado (art. 370). Cuando la incomparecencia de los acreedores denunciados sea total, el Juez podrá aprobar un plan de saneamiento, el cual deberá comprometer, al menos, el porcentual máximo de embargo sobre el salario dispuesto por la normativa correspondiente, por el término de un año (art. 371).

⁴⁵ CNCom., Sala F, 07/07/2023, “Zurpan, Matías G. s/ Concurso Preventivo”, eIDial.com – AADB2E.

de sobreendeudamiento que le impedían al concursado insumir los gastos que demanda el proceso concursal.

Los hechos fueron así. El Sr. Zurpan solicitó su concursamiento preventivo, aunque no pudo costear los gastos para la publicación de edictos en el boletín oficial y en un diario de gran circulación.

En virtud de ello, y en un apego a la letra de la ley concursal (art. 27 LCQ), en la primera instancia, se declaró el desistimiento del proceso concursal.

Apelado que fue este pronunciamiento, la Sala F de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, revocó el decisorio y ordenó la publicación de edictos en el boletín oficial sin cargo, a los fines de poder continuar con el procedimiento.

Para así decidir, la Alzada comenzó por señalar que *“para una mejor comprensión de la problemática a decidir en autos, es conveniente señalar que cuando hablamos de consumidores hipervulnerables, hablamos de consumidores que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores, se la adiciona otra vulnerabilidad en función de la edad, género, étnicas, de situación socioeconómica o culturales, entre otras que acentúan su vulnerabilidad y le provoca mayores dificultades en el acceso a la justicia. En razón de ello, se impone la necesidad de adopción de políticas especiales para colectivos vulnerables, en forma general o específica de consumo que surgen de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, como ser las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Directrices de Naciones Unidas de Protección del Consumidor, y de la Resolución n° 36/GMC/19 del principios fundamentales de los sistemas de protección al consumidor del MERCOSUR, entre otros. Por su parte, en el ámbito nacional la categoría jurídica de consumidor hipervulnerable fue plasmada en forma definitiva al sistema actual del Derecho al Consumidor en la Resolución SCI N° 1015/2021 y dice: “Debe considerarse consumidor en situación de hipervulnerabilidad a las personas físicas con vulnerabilidad agravada, desfavorecidas o en desventaja en razón de su edad, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores en el acto concreto de*

consumo que realicen”. Agregando en su segundo párrafo que “La presunción de hipervulnerabilidad no es absoluta y debe ser atendida en el caso concreto, en función de las circunstancias de la persona, tiempo y lugar” (art.1 de la Resolución MERCOSUR 11/2021). De su lado, la Resolución n° 139/20290 considerada complementaria de la ley 24.240 el art. 2 sostiene que podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: i) situaciones de vulnerabilidad socioeconómica 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 o igual a dos (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles”.

Desde tal perspectiva y en función de las constancias colectada en la causa, expuso que *“resulta indiscutible la existencia de una situación de sobreendeudamiento del Sr. Zupan que le impide asumir los gastos que demanda el proceso concursal en función de su capacidad económica actual. En razón de ello, y en tanto el contenido de las resoluciones analizadas concretiza exigencias constitucionales y convencionales que obligan a tutelar la vulnerabilidad en el ámbito de las relaciones de consumo, a través de acciones positivas cuando resultan necesarias para asegurar la plena vigencia de la igualdad real de oportunidades en el acceso a sus derechos fundamentales, debe procurarse armonizar los principios concursales con el derecho común. Esto se debe a que la noción de vulnerabilidad jurídica sobre la cual se articula la figura del consumidor hipervulnerable es una categoría transversal proveniente del campo de la teoría general de los derechos humanos, que se proyecta hacia las distintas ramas jurídicas para identificar situaciones de indefensión de grupos desaventajados y generar respuestas que permitan superarlas. Por tal razón, las situaciones de vulnerabilidad exigen ser tratadas de manera diferenciada para posibilitar la superación de aquellas desigualdades reales que afectan o dificultan el efectivo ejercicio de derechos fundamentales de la persona humana, su pleno disfrute o el acceso a ellos. En ese sentido, corresponde siempre destacar que nuestra Constitución Nacional consagra los derechos fundamentales (art. 42), al tiempo que incorpora al bloque de constitucionalidad una serie de tratados internacionales que afianzaron la protección de los derechos humanos en el plano interno (art. 75 inc. 22) y persigue el fortalecimiento de la igualdad real a través del mandato consagrado en el art. 75 inc. 23 abriendo cauce a las medidas de acción positiva.*

Disposiciones que en su conjunto dan cuenta de un claro paradigma de protección de los vulnerables. A ello se suma, un Código Civil y Comercial que consolida el proceso de constitucionalización del Derecho privado a través del sistema de fuentes adoptado en sus arts. 1° y 2°, adoptando el diálogo de fuentes como metodología para la integración del derecho aplicable al caso y la construcción de respuestas jurídicas. En el ámbito de las relaciones de consumo, que aquí interesa, esas bases normativas convergen para dar sustento a la efectiva protección de los consumidores hipervulnerables a través de la construcción de respuestas jurídicas que maximicen los derechos fundamentales implicados, como así también para justificar la implementación de herramientas jurídicas sustanciales y procesales adecuadas para remover las desigualdades y desventajas. Desde tal perspectiva, el abordaje de la cuestión traída al ámbito del concurso preventivo, no puede escindirse de las pautas impuestas en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Así, ponderó que “La posición integradora de la totalidad del ordenamiento jurídico nos permite aseverar que la ley 24.522 porta un microsistema que debe ser articulado con diferentes fuentes, a saber: (i) los principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos que revisten mayor jerarquía, los cuales sientan las bases axiológicas y sirven de guía para la interpretación (v. esta Sala, 12/11/2020, “3 Arroyos SA s/incid. de pronto pago por Baigorria, Mauro Alejandro”, Expte. COM N° 26597/2018/28) y (ii) las del derecho común (conf. art. 2, 963 CCyCN, CNCom. Sala C, 4/9/2001, “Línea Vanguard SA s/concurso preventivo”, cita on line: AR/JUR/3387/2001). Tal predicamento implica asumir el radical impacto que ello provoca sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar (cfr. E. Daniel Truffat, conferencia intitulada “Sobre los concursos ‘a medida’, a la luz de la actual realidad normativa”, en VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México, 17- 19/05/2012 citada por Richard, Efraín en “50 años no es nada: desafío en búsqueda de método sobre abuso en propuestas en concurso de sociedades”, RDCO 292, 239, cita on line LL AR/DOC/3456/2018). En esa misma línea de pensamiento, se ha postulado que el derecho concursal resulta permeable al sistema jurídico general, donde aplica el bloque constitucional -como en todo el derecho privado- y donde, además, el juez debe “construir la solución” atendiendo las normas,

los principios e, incluso, valores (cfr. Barreiro, Marcelo G. “Facultades del juez del concurso y medidas cautelares”, LL2022-C, 182; RDCO 314, 37, cita on line: LL AR/DOC/1451/2022; Lorenzetti, Ricardo, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006 y arts. 1, 2 y 3 del CCyCN). Pues bien, el eje de los procesos colectivos de insolvencia es claramente un intento de convergencia y armonización entre todos los intereses tutelados para construir, aplicar y definir ante cada situación, el aplicable de modo prevalente. Lógicamente en esa tarea jurisdiccional no podría desatenderse la implicancia del “interés general” el cual también conforma ese universo de criterios a amalgamar en la medida que el proceso concursal no está instituido en exclusivo beneficio del deudor (doctrina Fallos 327:1002, “Florio y Compañía”, Fallos 328:3132, “Collón Cura SA s/ quiebra s/incidente de revisión por el Banco de Hurlingham SA”, Fallos 340:1663, “Oil Combustibles”, esta CNCom. en pleno “Vila, José M” LL 117-451, JA 1965-I- 40). Así las cosas, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la misma ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, o cuando su aplicación torne ilusorios derechos por éstos consagrados, puede el juzgador apartarse de él y omitir su utilización a efectos de asegurar la primacía de la ley fundamental como medio de afianzar la justicia que está encargado de administrar. Por ello, la interpretación de la ley no constituye un mecanismo exacto, o desapegado de todos los intereses en juego; y menos aún de los derechos fundamentales. Y si bien acertadamente se ha señalado que la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 no contiene disposiciones que contemplen la situación personal del concursado sobreendeudado, se entiende que, pese a la ausencia de tratamiento legal, debe concederse innegable prioridad a los derechos constitucionales que tutelan la vida, la salud y la integridad física de las personas”.

En virtud de lo señalado, en el voto preopinante se concluyó que “de ello se deriva la necesidad de brindar una solución jurídica más flexible que permita sortear el obstáculo de acceso a la justicia del consumidor sobreendeudado, tal como postula la Sra. Fiscal en el Dictámen precedente. En tal contexto, a fin de armonizar las normas concursales, con las del deudor consumidor, y dar debida tutela al peticionante que integra la franja vulnerable que debe ser objeto de especial tutela (Cfr. esta Sala, mutatis mutandi en los autos

caratulados “Cipriano, Ambrosio Bartolome s/ Concurso preventivo” del 3.10.19 , epxte 9711/2019), se dispone hacer lugar al recurso interpuesto ordenando la publicación de los edictos únicamente en el Boletín Oficial y sin cargo para el Sr. Zupan Matías German , publicidad que se estima suficiente para dar a conocer la apertura del concurso preventivo”.

En su ampliación de fundamentos, la Dra. TÉVEZ agregó que *“como sostuve en mi voto como vocal preopinante en la sentencia dictada por esta Sala F en autos “Pelayo, Anibal Alberto c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ordinario” (expte. 7506/2020) del 12/6/2023, que la situación planteada por la hipervulnerabilidad debe ser objeto de una protección agravada que conlleva a la potenciación de los mecanismos de tutela. Ello así, en tanto que al desequilibrio estructural inherente a la relación de consumo se suma aquí otra vulnerabilidad que acentúa la debilidad del sujeto y lo torna más frágil en el vínculo (Frustagli, Sandra A, “Hipervulnerabilidad del consumidor por causas socioeconómicas, interseccionalidad y preservación del mínimo existencial”, La Ley, RCCyC 2022 (diciembre), 26; Barocelli, Sergio S., “La protección de los consumidores en la agenda del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor del MERCOSUR: ¿Una nueva era?, publicado en Lejister, 22.10.201, cita on line IJ-MMVII-309). En sentido que reafirma esta posición, sostuve en el precedente citado que las Resoluciones 139/2020 y 1015/2021 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación reconocen positivamente una categoría cuya protección se deriva de la previsión de los arts. 42, 43 y 75 incs. 22 de la CN. En efecto, aquéllas resoluciones incorporan al derecho positivo argentino la figura del “consumidor hipervulnerable” -también prevista en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor elevado el 6 de diciembre de 2018 a los Ministerios de Trabajo y de Justicia y Derechos Humanos de la Nación-. De acuerdo con tales normativas, se incluyen en aquélla calidad a las personas humanas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad en razón de 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. Así, según aquélla normativa, existe la posibilidad de incluir determinadas situaciones socio-económicas de hipervulnerabilidad entre las que se mencionan las siguientes: la*

condición de ser jubilados/as y pensionados/as o trabajadores/as en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta menor o igual a dos Salarios Mínimos Vitales y Móviles; ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; percibir seguro de desempleo y/o ser monotributistas sociales. Agrego ahora que la categoría jurídica de consumidor hipervulnerable no solo se encuentra positivamente prevista en nuestro derecho sino que además, como sostiene Frustagli, fue tempranamente identificada por prestigiosos juristas nacionales (Alterini, Lorenzetti, Hernández) "...que pusieron de manifiesto la existencia de personas respecto de las cuales convergen causas, factores o circunstancias puntuales que agudizan la hiposuficiencia o fragilidad ínsita en la noción de consumidor..."(Frustagli, Sandra, "Los consumidores hipervulnerables en la normativa regional y nacional (Resolución MERCOSUR N° 11/2021 del Grupo Mercado Común y Resolución SCI N° 1015/2021)"). En ese contexto, claro resulta que, en el caso, la imposibilidad del Sr. Zupan -trabajador en relación de dependencia del sector privado que, reitero, revista en la categoría de hipervulnerable- de abonar los edictos que prevé el art. 27 de la LCQ, no puede razonablemente conllevar a que se lo sancione con el desistimiento de su presentación concursal (arg. art. 30 LCQ) frustrando de tal modo el objetivo presidido por el ordenamiento falimentario. Recuérdese que aún cuando se trate aquí de un proceso concursal, la aplicación de la LCQ no excluye la de todas las normas relativas al derecho del consumidor (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aida, "El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés" (Academia Nacional de Derecho, 2008, junio 1, LALEY AR/DOC/1618/2009). La solución contraria, por lo demás - que devendría de la aplicación mecánica del art. 30 de la LCQ sin tener en cuenta que la normativa concursal no constituye un compartimento estanco separado de todo el ordenamiento jurídico-, resultaría incompatible con los derechos y garantías reconocidos por LDC, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, además de cercenar el acceso a la justicia del deudor-consumidor que cuenta con el beneficio de la gratuidad (arg. art. 53 LDC)".

Finalmente, advirtió que las diversas iniciativas de reforma para el tratamiento legal del sobreendeudamiento del consumidor jamás previeron una "publicación de edictos a cargo del deudor-

consumidor dando cuenta de la apertura del procedimiento debe ser gratuita y llevarse a cabo sólo en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del juzgado (conf., en este sentido: el proyecto de reformas elevado en el año 2015 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación según Resolución MJDH 1163/2015, “Proyecto de Reformas a la ley 24.522 de concursos y quiebras”, Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, La Imprenta Ya SRL, Buenos Aires, 2016, p. 47; y en la misma orientación, el Proyecto de ley de procedimiento concursal para consumidores sobreendeudados”.

Por último, el Dr. BARREIRO dijo: *“con independencia de la opinión que merezca la noción de hipervulnerabilidad del consumidor -cuestión sobre la que me pronuncié en las causas de esta Sala “Fundación Educar s/ Concurso Preventivo”. Expte. N° 23177/2016” del 15/12/2021 y, más recientemente, “Pelayo Anibal Alberto c/ Nuevo Banco De Entre Rios SA s/ ordinario” Expte. N° Com 7506/2020”, del 12/06/2023 - lo cierto es que la cuestión relativa a la carencia de recursos para afrontar la publicación de edictos que disponen los arts. 27 y 28 LCQ no requiere aludir a ella para cumplir con las directivas de los arts. 1 a 3 del CCyC, en relación a que toda sentencia judicial debe estar razonablemente fundada y conformarse, aplicando el diálogo de fuentes, a los principios y reglas que emergen de la CN y los instrumentos internacionales de acuerdo al rango que se les asigna como fuentes del Derecho Es que, en efecto, la cuestión que aquí debe decidirse no puede prescindir de datos objetivos ciertos que emergen de la presentación concursal y las actuaciones subsecuentes. De esta manera debe ponderarse que el deudor es persona que puede acogerse al régimen de la LCQ, ha confesado hallarse en cesación de pagos y demostrado la imposibilidad de afrontar los gastos emergentes del proceso, al menos en esta etapa inicial. Las garantías constitucionales y convencionales del debido proceso y el acceso a la jurisdicción, sobre las que me he pronunciado en mi voto en el Fallo Plenario “Hambo” del 21.12.2021 al que remito por razón de brevedad, imponen admitir la apelación. Juzgar en sentido adverso frustraría el acceso a la solución preventiva sin fundamento razonable, conclusión que queda corroborada mediante una apreciación razonable del panorama configurado, en el que el deudor intenta valerse del concurso preventivo para acordar con sus*

acreedores pero no puede acceder a él por carecer de recursos. No puede admitirse la exclusión resultante de exigir el pago de la publicación de edictos cuando objetivamente se comprobó la imposibilidad de hacerle frente. En esa perspectiva, los mencionados arts. 27 y 28 del ordenamiento concursal son inconstitucionales en el caso. El ejercicio del control de constitucional. imprescindible para fundar la inaplicabilidad de una ley a una situación determinada, impone la conclusión expuesta a fin de evitar la aplicación de sus disposiciones como única y esencial justificación de dicho apartamiento. Tampoco es necesario avanzar -en este estado del proceso- sobre la gratuidad amplia requerida por la Sra. Fiscal General, sin perjuicio de su oportuna consideración. Debe tenerse en cuenta además que, aunque se trata de una ley especial, lógica y coherentemente estructurada y debidamente coordinada con todo el ordenamiento como queda demostrado con su aplicación sin grandes cuestionamientos hasta ahora, la ley concursal no elude el régimen de decisión en términos constitucionales y convencionales. Como se señaló en el dictamen precedente la ley concursal se caracteriza por haber sido diseñada con el propósito de someter a su régimen todo concursamiento, con estricta prescindencia de la consistencia de los patrimonios involucrados y las causas de la cesación de pagos. Ninguna ventaja se deriva de esa estructura legal. La interpretación hecha en la sentencia apelada, apegada a la ortodoxia legal que conduce a tener al peticionante por desistido del proceso concursal, frustra el acceso a cualquier solución preventiva por motivos económicos. El concurso preventivo es un proceso que evidencia un conflicto plurisubjetivo de intereses, pues incorpora la tensión entre aquellos que pertenecen al deudor convocante y a los de los titulares de créditos admitidos. La legislación concursal, entonces, tiene por finalidad dirimir la oposición entre dichos intereses que pueden ser a veces también concordantes. También está presente el interés estatal en obtener una rápida y eficaz respuesta judicial al problema que representa el sobreendeudamiento, en apariencia inculpable, del consumidor. Por estas razones es prudente formular un juicio dotado de flexibilidad suficiente para evitar que interpretaciones rígidas sean obstáculo para componer los distintos intereses concernidos”.

b) Incumplimiento parcial de los recaudos del art. 11 LCQ⁴⁶.

El Juez de primera instancia rechazó el pedido de concursamiento preventivo de una consumidora, adulto mayor, por falta de cumplimiento de los requisitos de ley (omisión de acompañar la documentación respaldatoria de las deudas contraídas, legajo de acreedores, denuncia de fiadores, codeudores, privilegios, juicios o trámites administrativos en trámite, entre otros, sumado a la alegación genérica de la existencia de créditos que desconoce, tasas de interés usurarias que no detalla y la intención de que la averiguación se practique desde el juzgado mediante el libramiento de oficios y la falta de impulso del proceso por un período prolongado, que implicó la paralización de los autos y la caducidad del pedido de apertura del concurso).

La Cámara revocó el decisorio y decidió abrir el concurso, por considerar que *“El tratamiento del pedido de apertura del concurso preventivo del propio deudor por sobreendeudamiento, exige el análisis del ordenamiento positivo vigente con el esfuerzo hermenéutico de procurar interpretar el ordenamiento jurídico como un todo armónico y coherente (conforme art. 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación) en busca del equilibrio entre sus distintos principios y reglas para dar solución al conflicto. Siendo varios los intereses en juego, el debate enlaza la finalidad de los procedimientos concursales, con el complejo tema del sobreendeudamiento de la persona humana y, muy particularmente, aquel con los acreedores”* y que *“Repárese que, entre la vulnerabilidad estándar del consumidor y las condiciones o situaciones en que se encuentran grupos de personas vulnerables como en el presente caso en relación a la condición de “adulto mayor” de la peticionante, permite identificar en el derecho del consumidor una categoría que requiere especial protección vinculada de manera directa con la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones de consumo. La intervención de la justicia en auxilio de los más débiles resulta una exigencia axiológica y constituye expresión cabal del principio pro homine o pro persona. Desde ese enfoque, la protección del consumidor vulnerable se afianza en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en razón que se exige que los derechos humanos encuentren eficacia concreta en la aplicación de las reglas de Derecho privado”*.

⁴⁶ CCiv. y Com., Sala I, Concepción, Tucumán, 27/09/2023, “Tolra, Mónica P. s/ Concurso Preventivo”, LL, cita online: AR/JUR/145319/2023.

Por su parte, sostuvo que “*si bien no surge de autos el salario actual de la peticionante; como se señaló supra, el importe del que puede disponer la Sra. Tolra una vez efectuados los descuentos en su cuenta sueldo, resulta ser sustancialmente inferior al salario mínimo vital y móvil vigente en la actualidad; a lo que se suma el desfase económico que vive el país como consecuencia de la inflación, la aplicación de altas tasas de interés y los pagos efectuados a través de descuentos pre acordados (sin poder acceder a la toda la información y documentación respaldatoria acerca de su estado real de endeudamiento) permite concluir que se trata en el caso, de un consumidor hipervulnerable. Corrobora esta conclusión, aun cuando no se haya adherido aun la provincia, lo dispuesto por el Anexo I - Reglamento de Actuación para la Prevención y Solución del Sobreendeudamiento de las y los consumidores en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, que reglamenta la Disposición 11/2023 DI-2023-11-APN-DNDCYAC#MEC (Ministerio de Economía Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y arbitraje de Consumo) que en la Sección 2: Ámbito de aplicación, establece: “2.1: Alcances del sobreendeudamiento: A los fines del presente reglamento se entiende por sobreendeudamiento a la situación de desequilibrio patrimonial que se produce cuando un consumidor o consumidora, persona humana, enfrenta dificultades o la imposibilidad de pagar, con el producto de sus ingresos regulares, deudas u obligaciones dinerarias o de valor, vencidas o por vencer, contraídas con destino final, en beneficio propio o de su grupo familiar”. 2.2: Cesación de pagos: La situación de sobreendeudamiento no requiere la existencia de cesación de pagos o de imposibilidad de pagar” (...) 2.4: Casos de afectación de vida digna o de personas hipervulnerables. cuando la situación de sobreendeudamiento comprometa o pudiere comprometer la satisfacción de necesidades cotidianas de las personas para mantener o acceder a condiciones de vida digna propias o del grupo familiar, o cuando afecte a personas con vulnerabilidad agravada, se adoptarán medidas y procedimientos urgentes par brindar respuesta eficaz y adecuada a las particularidades del caso”, concluyendo que “Es por ello que el reconocimiento de un estado de sobreendeudamiento que se remonta a noviembre de 2021 (fecha de la presentación de la demanda), sumado a la prueba documental acompañada y la condición de hipervulnerabilidad de la Sra. Tolrá, sin advertirse que dicho estado de cesación se haya preparado con una concentración de deudas contraídas inmediateamente antes de la*

petición, ni que la Sra. Mónica Patricia Tolrá haya utilizado el sistema concursal en un modo que pueda considerarse abusivo ni reñido con el fin último de la ley, resulta suficiente para admitir el pedido de apertura de concurso preventivo. Se ha señalado en tal sentido que “Si bien no se desconoce que constituye una carga procesal del deudor el cumplimiento de los recaudos legales de apertura del concurso, cuyo incumplimiento acarrea el rechazo de la demanda (art. 13, Ley 24.522) y que como tampoco se ignora que no es función del magistrado suplir la negligencia de los aspirantes a concursados, válido es remarcar que cuando se presentan circunstancias específicas como la presente en autos (matrimonio de jubilados sobreendeudado por necesidades de consumo), los requisitos omitidos -si bien esenciales- pueden completarse con posterioridad a la petición inicial, máxime que en el caso la prórroga fue expresamente solicitada en ambas instancias. De tal forma, existe una causa válidamente fundada para conceder el plazo de gracia previsto en el art. 11 in fine, Ley 24.522, constituida por la protección que los poderes públicos deben brindar a este grupo desventajado (clase pasiva) frente a su falencia, por lo que resulta prematuro el rechazo in limine de la petición (arts. 11, 288 y 289, Ley 24.522; art. 260, Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Buenos Aires) (CCC. Sala II, Azul, Buenos Aires, “C. A. B. y otro/a s/ Concurso preventivo (pequeño)”, Sentencia del 19/06/2014, Rubinzal Online, 58837, RC J 5277/14)”.

4.5.- A modo de cierre de este aporte, considero que el saneamiento de esta problemática, más allá de la implementación de sendas medidas preventivas, debe venir, en un primer estadio, *desde el ámbito administrativo del Estado* y, eventualmente, sometido a una revisión judicial.

Es que, en la actualidad, está absolutamente acreditado que el vigente proceso concursal liquidativo es ineficiente y contraproducente para brindar una solución integral al consumidor sobreendeudado.

También está demostrado que los Juzgados competentes están desbordados de este tipo de causas, lo que le impide al Magistrado atenderlas con la celeridad y particularidad que se necesita y, al mismo tiempo, procurar brindar acceso a la jurisdicción y tutela efectiva e integral de los derechos de los demás justiciables en el marco de todos

los otros procesos radicados allí. Adviértase que en la mayoría de las Provincias de la Argentina el Juzgado competente en materia falimentaria es multifuero, lo que importa la radicación de una gran cantidad de causas de diversa y compleja índole.

Este orden de ideas, destaco la regulación que preveían los Proyectos de Ley que procuran la implementación en nuestro país de un Código de Defensa del Consumidor (Expte. N° 3143-D-2020) y de un Código de Defensa de las y los Consumidores (Expte. N° 5156-D-2020), en materia de saneamiento del sobreendeudamiento del consumidor. Se contemplaba la posibilidad concreta de que el consumidor opte por acudir a un procedimiento extrajudicial en sede administrativa -ante la Autoridad de Aplicación nacional o local y/o ante quien esta delegue o con quien comparta atribuciones en virtud de acuerdos institucionales celebrados al efecto- o a un proceso judicial ante el juez competente, ambos con participación del Ministerio Público.

Si bien considero encomiable la finalidad reparadora en materia de sobreendeudamiento que inspira estos proyectos de reforma, cuestión no prevista en el Anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, y destaco que permita arbitrarse un procedimiento administrativo, no parece adecuada la posibilidad de optar por uno u otro. Es que, por las razones apuntadas a lo largo de este trabajo y la realidad actual de los Juzgados con competencia en lo comercial, lo óptimo para procurar salvaguardar, adecuada, eficiente, rápida e integralmente, los derechos del consumidor y de las personas a su cargo -hogar sobreendeudado- y permitirles escapar de la situación de hipervulnerabilidad por la que atraviesan, es implementar un instancia administrativa previa, con posibilidad de una eventual revisión judicial.

En esta línea de pensamiento, como lo expuse, considero que la opción adecuada sería el tratamiento preliminar de la cuestión en un escenario administrativo⁴⁷.

⁴⁷ Se puede destacar la intención, de los legisladores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de brindar una solución integral similar a la planteada, al sancionar la Ley 3.958 (el 03/11/2011), la que fuera vetada por el Decreto n° 598/011 de fecha 30/11/2011. Disponía la creación, en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, un área específica dedicada a la atención de la problemática del consumidor sobreendeudado de buena fe, a

Y es por ello que se destaca el dictado de la Disposición n° 11/2023.

Hoy, a pesar de haber sido derogada por la resolución 51/2024, sirve como fuerte antecedente para encarar la solución desde una faceta administrativa.

Sin perjuicio de ello, sería óptimo, en caso de volver a estudiar su factibilidad, dotar con más facultades de imperio al Director del citado organismo para dirigir ese proceso administrativo y el consumidor opte por concurrir (en el caso que continúe siendo optativo).

De ese modo, con un adecuado trámite administrativo se descomprime la congestión tribunalicia de los pedidos de quiebra, se elimina la problemática de las sindicaturas y desaparecen las disputas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a diferentes cuestiones suscitadas en estos procesos falenciales, para avocarse a una solución

cargo de agentes capacitados para tal fin, que funcionará en la “Dirección General de Protección y Defensa del Consumidor”. Sus funciones serían: a) asistirlo con asesoramiento jurídico y práctico a través de capacitación sobre la elaboración de planes y/o estrategias de presupuesto y manejo de las finanzas familiares; b) convocar a los proveedores de servicios financieros así como a cualquier entidad y/o persona humana que se dedique a la actividad crediticia, al efecto de acordar acciones referidas a atender y dar solución a la problemática del sobreendeudamiento del consumidor; c) intermediar a través del procedimiento de conciliación para acordar un plan de saneamiento de deudas entre el consumidor sobreendeudado y sus acreedores; d) crear una base de datos con información sobre los requisitos, condiciones y cláusulas de los contratos que ofrecen los proveedores de servicios financieros; e) publicar de manera periódica los requisitos, condiciones y cláusulas de los contratos que ofrecen los proveedores de servicios financieros, conforme la normativa vigente aplicable a estos casos, destacando aquellos que ofrezcan las mejores condiciones crediticias, a los fines de complementar el asesoramiento al consumidor; f) efectuar un seguimiento sobre la aplicación de las tasas de interés, cargos y conceptos aplicados en los créditos al consumo, respecto de los distintos proveedores de servicios financieros que operen en la Ciudad de Buenos Aires; g) controlar los contenidos de los contratos de crédito a fin de prevenir y sancionar la aplicación de cláusulas abusivas y la publicidad engañosa; h) iniciar las actuaciones administrativas, toda vez que se verifique el cobro de intereses excesivos, cláusulas abusivas, publicidad engañosa y otras irregularidades de las cuales pudieran ser víctimas los consumidores sobreendeudados.

integral, directa y gratuita del sobreendeudamiento de los consumidores.

Resultará necesario la implementación de un “proceso simplificado y gratuito” en las direcciones de comercio interior o de defensa del consumidor de todas las provincias del País.

En este escenario, y para que ello sea viable, confiable y tentador para el deudor (puesto que es optativo en el escenario actual), será fundamental que la decisión que adopte quien se encuentre a cargo de la Dirección tenga “fuerza vinculante”. Es que de nada servirá que el Director desgrave el salario del consumidor hipervulnerable, pero su decisión no sea acatada por las entidades bancarias, organismos públicos o por la justicia -en los procesos donde existan embargos- (como sí sucede con la decisión del Juez de la quiebra).

Por ello, si el Director de defensa del consumidor desgrava *a priori* el salario del deudor (tal como acontece con el decreto de quiebra) y reserva el porcentaje correspondiente para atender a los acreedores concurrentes durante un plazo prudencial (que debería estar previsto en el reglamento), el consumidor acudirá sin problemas a ese proceso administrativo, puesto que encontrará lo que busca con la declaración de su quiebra, pero sin los elevados costos -temporales y económicos- que le irroga este inadecuado juicio universal en la actualidad.

Maxime si el objetivo es asistir rápida y eficazmente al hogar sobreendeudado en situación de vulnerabilidad y procurar reestablecer condiciones de vida digna de sus integrantes.

A la par de esta medida preliminar, el Director del proceso administrativo debe tener la facultad de convocar a todos los acreedores del consumidor a un proceso gratuito de negociación, en el que, en lugar de la sindicatura, estará presente el equipo interdisciplinario de la U.E.S., quien tendrá la capacidad, formación y facultades necesarias y adecuadas para poder auxiliar al consumidor a arribar al “mejor acuerdo posible con los acreedores concurrentes” (respetando la satisfacción de necesidades básicas del consumidor y su familia, pero sin quebrantar totalmente el derecho de propiedad de los acreedores).

Sería deseable que la U.E.S. asesore al deudor para que evite esta problemática en un futuro cercano y si las causas del

sobreendeudamiento fueron por un problema puntual (v. gr. pérdida del trabajo, expansión familiar, divorcio, etc.), se arbitren las medidas necesarias para brindar algún tipo de apoyo económico al consumidor y colaborar activamente para su reinserción laboral. En suma, sería óptimo intentar, a través de este equipo administrativo interdisciplinario, llegar a alcanzar la mitigación de las causales que llevaron a la persona al sobreendeudamiento para reestablecer su economía para procurar condiciones de vida digna y evitar futuros sobreendeudamientos.

Finalmente, el Director tiene que tener la facultad de aprobar ese concordato y de hacerlo cumplir, previéndose las consecuencias de su incumplimiento por parte del consumidor, con posibilidad de renegociarlo y revisarlo en instancia judicial -de acreditarse conculcación de derechos fundamentales-.

4.6.- Con la implementación de un trámite administrativo eficiente para afrontar esta problemática, ya no sería necesario que el consumidor requiera su propia quiebra, transite el proceso; tenga que afrontar los gastos irrogados; esté inhabilitado e interdictado para salir del país y obtenga una solución parcial y a muy largo plazo. Como tampoco se someterá a los acreedores a tener que contratar abogados para concurrir a una quiebra en la que hay nulas posibilidades de cobro, ni a Sindicatura, y a otros funcionarios, a desarrollar su trabajo sin percibir sus honorarios, de naturaleza alimentaria.

La solución administrativa propiciada salvaguardaría adecuadamente la dignidad de la persona humana, cumplimentaría con los lineamientos convencionales en la materia y permitiría mitigar la situación de pobreza de las personas sobreendeudadas por gastos de manutención.

TERCERA SECCIÓN

Vulnerabilidad procesal

Ana Clara Pauletti

1. Razones para afinar el estudio del funcionamiento del paradigma protectorio desde el derecho procesal.

El art. 75 inc.23 de la Constitución Nacional contiene un expreso mandato de protección especial a personas pertenecientes a grupos desaventajados de la sociedad para asegurar la igualdad real de esos sujetos.

Ese modo de actuación compete a todos los poderes del Estado, y en particular, al Poder Judicial, con impacto en el acceso a la justicia y la tramitación de los procesos.

Existen varios motivos para que el derecho procesal profundice esa garantía constitucional, como se ha dedicado al debido proceso legal, porque ambas garantías son un presupuesto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y de la justicia intrínseca de las decisiones.

El estudio debe enderezarse desde el origen, esto es el propósito constitucional y convencional de la igualdad real y las acciones positivas, para emplazarlo luego en el proceso judicial y allí asumir la necesidad de delimitar la función niveladora en lo procesal.

Es imperioso precisar las situaciones que merecen una protección especial, aportando elementos de análisis para que la judicatura cumpla con el mandato constitucional evitando que las desventajas estructurales de esas personas, obstruyan la protección de sus derechos en el sistema de justicia. Un examen más meticuloso, podrá evitar a la vez, la sobreinclusión de casos.

Tener ese cuidado es tan importante como lo primero, porque la correcta selección de los asuntos que reclaman ajustes del procedimiento,

impedirá una protección especial inflacionada, por ende ineficiente, y propensa a su disfuncionalización.

Si bien mucho se ha hablado de las características y principios procesales que deben regir en los procesos vinculados al paradigma protectorio, ahora normativizados para los procesos de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación, es necesario detenernos en el método y los recursos para nivelar la desigualdad procesal en los casos concretos.

Por otra parte, ocuparnos de esa atención procesal diferenciada, servirá también para reevaluar el tipo de actividad jurisdiccional que deriva de marco legal vigente, en tiempos en que la Inteligencia Artificial parece estar destinada a solucionar muchos de los problemas de la justicia y sobrevuelan en el espacio de las ideas políticas, fantasmas de un individualismo viejo que creíamos superado.

2. Acciones positivas e igualdad real

La igualdad es el corazón de los derechos humanos¹, de allí que se haga foco en la realidad, signada por la existencia de amplios sectores

¹ “La igualdad es cuestión de empatía y solidaridad, y también es cuestión de comprender que, en tanto que miembros de una sola humanidad, nuestro único modo de avanzar es trabajando juntos por el bien común. Este concepto se comprendió perfectamente en los años de reconstrucción posteriores a la Segunda Guerra Mundial, los años en los que se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos y se elaboró el sistema general de derecho internacional de los derechos humanos. Pero nuestro fracaso en reconstruir para mejorar tras la crisis financiera de la década pasada, unido a los trastornos sociales y económicos causados por la COVID-19 y las repercusiones cada vez más onerosas del cambio climático, indican que hemos olvidado la probada eficacia de las soluciones basadas en los derechos humanos y la importancia de abordar las desigualdades. Soluciones que debemos replantear si queremos mantener el progreso, no solo en beneficio de quienes padecen las enormes desigualdades que afligen a nuestro planeta, sino también en aras de nuestro bienestar común” (del discurso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, en su mensaje para el día de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 2021: “La igualdad es el corazón de los derechos humanos”, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2022/01/equality-heart-human->

excluidos, y en el error de concebir al principio de igualdad en términos meramente formales, reduciendo la igualdad de oportunidades a una mera abstracción.

Por esa razón, del deber de respeto y de garantía de los derechos humanos que se desprende de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional -art.75 inc.22-, deriva un deber de protección especial a los colectivos que se encuentren en situación de vulnerabilidad y padecen exclusión estructural, a través de medidas integrales de reparación de los Estados que eviten una forma de violencia que produce desigualdad y subordinación, y limita el acceso a los derechos básicos.

Se trata de asegurar, a partir del ejercicio de acciones positivas, la igualdad de oportunidades, reequilibrando las asimetrías de origen, con medidas eficaces a favor de los más desfavorecidos que aseguren el acceso a los derechos y a una existencia digna.

El problema subyacente se entiende analizando el significado de la noción igualdad ante la ley desde dos perspectivas: una como “no discriminación”, donde la igualdad se asocia con no arbitrariedad, y la otra como “no sometimiento”, idea que contrapone la igualdad a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación².

El primer enfoque protege del capricho y la irrazonabilidad, el otro pretende revertir prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de subordinación. El art. 16 de la Constitución Nacional incluye esas concepciones, aunque la reforma del año 1994 contribuyó a la combinación de ambas concepciones del derecho de igualdad ante la ley, con el

rights#:~:text=La%20igualdad%20es%20fundamental%20para,M%C3%A1s%20bi en%2C%20todo%20lo%20contrario).

² SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, año 2016, págs. 27/81.

reconocimiento de las acciones afirmativas, a partir del art. 75 inc.23, además de los arts. 37 y 75 incs. 2 y 19.

La noción de igualdad entendida como no sometimiento, impacta sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, y el compromiso estatal de proteger a las personas contra la desigualdad estructural, y debe operar como guía para el diseño de políticas públicas para el desmantelamiento de las estructuras sociales que producen subordinación. A su vez, obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas, para proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional³.

De allí que, en relación a las personas estructuralmente desvalidas de la sociedad, “...no basta 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”⁴.

El art. 75 inc. 23 incorporó expresamente la visión estructural de la igualdad al reconocer situaciones individuales y colectivas de exclusión, y consagró el paradigma protectorio, al imponer a los tres poderes del Estado el ejercicio de acciones positivas para asegurar la igualdad real, tanto en relación a los derechos sustanciales, como en el ámbito de los procesos judiciales, en particular, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

³ SABA, Roberto: ob.cit..

⁴ CortelIDH, casos “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 04/07/2006, párr. 103; caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, del 31/08/2012, párrafo 134; “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, sentencia del 28/11/2012, párrafo 292; “Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala”, del 29/02/2016, párrafo 208; “Guevara Díaz vs. Costa Rica”, del 22/06/2022, párrafos 53 y 61;

Las medidas de acción afirmativas permiten el pleno cumplimiento del principio de no discriminación y de los derechos humanos, y bien pueden ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de oportunidades⁵, pues incurre el Estado en responsabilidad internacional “...en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad , lo que demanda una acción de protección también particular...”⁶.

3. Tutela diferenciada como acción positiva

En el proceso civil el paradigma protectorio impone dirigir las acciones positivas para nivelar la desigualdad real de personas que sufren inequidades y limitaciones estructurales, de modo de garantizarles, a partir de una tutela diferenciada, el acceso a la justicia y la defensa plena de los derechos.

La inquietud no es nueva en el ámbito del derecho procesal.

En unas conferencias brindadas en el año 1939 en la Universidad Nacional de Córdoba, Eduardo J. Couture anunció el fracaso del individualismo en el campo del derecho procesal, marcando que el principio

⁵ Conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, punto IV. Disponible en: <https://www.cidh.org/annualrep/99span/capitulo6a.htm>.

⁶ Corte IDH: Caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, del 20/10/2016, párrafo 338. Sobre la obligación de protección especial de los Estados y de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas, además: caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 29/03/2006, párr. 154.

de igualdad de las partes ante la ley, explicaba la grandeza pero también el quiebre del litigio judicial, por haberse reducido en muchas situaciones a un puro principio teórico, en contraste con la realidad de la vida, donde la igualdad ante la ley no existía.

Mostró que ese sistema crujió y se rompió frente al obrero indefenso que debía litigar contra el industrial poderoso, o ante el menor de edad desamparado frente al padre que lo abandonó, respecto al individuo aislado contra el Estado omnipotente, o para la mujer en relación al marido que la ofendió y ultrajó en su virtud y dignidad en la vida del hogar; y dijo que la insuficiencia del sistema quedó demostrada con la existencia de numerosos regímenes de excepción frente al derecho procesal individualista de mediados del siglo XIX⁷.

Piero Calamandrei anunció la “nivelación social del proceso civil”.

Mostró que el principio general de igualdad de las partes, en cuanto suponía la absoluta paridad de condiciones, podía convertirse en pura letra muerta, si después, en el caso concreto, la disparidad de cultura y de medios económicos ponía a una de las partes en condición de no poder servirse de esa igualdad jurídica, porque el costo o las dificultades técnicas del proceso, que la parte acaudalada y culta podría fácilmente superar con sus propios medios y haciéndose asistir, sin ahorrar nada, por defensores competentes, cabía que fueran en cambio para la parte pobre, un obstáculo a menudo insuperable en la vía de la justicia.

Para eliminar en el curso del proceso, los peligros derivados de las desigualdades sociales, marcó el ilustre florentino, que el proceso debía contar con institutos destinados a poner a la parte débil en condición de paridad inicial frente a la parte fuerte, con lo cual impedir que, a causa de la

⁷ Conf.: COUTURE, Eduardo: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Ediciones Depalma, 1978, T.I, págs.323/324.

inferioridad de cultura y medios económicos, la igualdad de derecho se transforme ante los jueces en una desigualdad de hecho⁸.

Roberto O. Berizonce, continuando la senda del “movimiento del acceso a la justicia” liderado por Mauro Cappelletti, se ocupó hace décadas, de la necesaria eficaz organización de la asistencia jurídica destinada a los carentes de recursos en sus distintas facetas, para la remoción de los obstáculos económicos y culturales que impiden el libre acceso a la jurisdicción. Escribió, que se trataba de una institución legal equilibradora, que consagraba una suerte de igualdad por compensación⁹.

El beneficio de litigar sin gastos, con viejas raíces en la historia del derecho procesal, refleja la preocupación por asegurar el acceso a la justicia, pues busca equiparar la situación de quienes tienen posibilidades económicas para acceder a la Jurisdicción con la de quienes no la tienen y se encontrarían privados de poder hacerlo si debieran afrontar las erogaciones propias de un proceso judicial.

Bien describen Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá que la base constitucional del instituto reside en los derechos de defensa en juicio y de igualdad ante la ley, ya que por su intermedio se asegura la prestación de los servicios de justicia no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes¹⁰.

⁸ CALAMADREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, V.I, pág.418.

⁹ BERIZONCE, Roberto O.: *Efectivo acceso a la justicia*, con prólogo de Mauro Cappelletti, Librería Editora Platense SRL, 1987, pág. 10.

¹⁰ “La igualdad ante la ley supone que las partes se encuentren en una sustancial coincidencia de condiciones o circunstancias, entre las que no cabe excluir las de tipo económico; quedaría vulnerada la igualdad de los habitantes cuando una situación económica o social obstaculiza el acceso al órgano jurisdiccional; y por ello, a través del beneficio de litigar sin gastos se procura asistir a las partes económicamente débiles, librándolas del pago de los gastos del proceso” (LOUTAYF RANEA, Roberto G., y SOLÁ, Ernesto: “La prueba en el beneficio de litigar sin gastos”, en: LL, 2015-B, 370).

Otros recursos, como el beneficio de gratuidad del proceso laboral, el de la justicia gratuita para consumidores, y las exenciones fiscales a determinados procesos respecto de la tasa de justicia, atienden el factor económico en relación al acceso a la justicia, con fines protectorios, y de equiparación de las partes.

Ahora bien, la directiva constitucional actual, exige un despliegue de nivelación más amplio que el limitado a las barreras económicas, y obliga a reaccionar frente a la desigualdad más allá de lo previsto para los procesos especiales tuitivos que hoy existen, esto es, inclusive en los procedimientos que suponen la igualdad de las partes.

Berizonce define las acciones positivas subrayando que tienden a la igualación, y que constituyen medidas de excepción que encuentran sustento en preceptos constitucionales, en función de los cuales, según pronunciamientos de la Corte Suprema (CS) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), la garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta a situaciones que considera diferentes. Las normas infraconstitucionales -sustanciales y procesales- deben entonces asegurar la igualdad material, tanto como los jueces en los casos concretos¹¹.

El deber de tutelar la igualdad de las partes en el proceso, significa garantizar la paridad de armas y corregir las asimetrías, colocando a la que se encuentre en situación de inferioridad en el mismo nivel procesal que su oponente.

Loutayf Ranea y Solá apuntan que para aludir a la igualdad procesal se suele utilizar la expresión "igualdad de armas", y aclaran que sin embargo, esa expresión hace alusión principalmente a la situación de los individuos que deben tener las mismas posibilidades de defenderse. La "igualdad ante la Ley"

¹¹ BERIZONCE, Roberto O.: "Justicia de acompañamiento o protección", en: JA 2019-I; SJA 06/02/2019, 9.

y la "igualdad ante la Jurisdicción" refieren más bien al deber del Estado de remover los obstáculos que impidan a los litigantes encontrarse con "igualdad de armas".

Distinguen que en cambio, el principio de igualdad en materia procesal no requiere una igualdad aritmética, sino que lo que exige es que se brinde a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa; es decir, que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa. Y rematan los mencionados autores: “pero, así como frente a iguales circunstancias debe darse un igual tratamiento a las partes, cuando las circunstancias son diferentes, debe también dárseles un tratamiento diferente, si ello es necesario para lograr ponerlas en igual situación a los efectos de alcanzar igual protección jurisdiccional”¹².

La manera es la adecuación de las reglas del procedimiento, que debe sustentarse en un razonamiento argumental judicial justificatorio, que legitime la decisión.

El rol judicial así visto va en línea con los compromisos contraídos internacionalmente por nuestro país en materia de derechos humanos, los cuales reclaman de medidas legislativas o “de otro carácter” que permitan hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH), según su art.2º, lo que comprende decisiones y prácticas jurisdiccionales que sean eficaces para garantizar la protección contra la violación de los derechos fundamentales¹³.

¹² Conf.: LOUTAYF RANEA, Roberto G., y SOLÁ, Ernesto: “Principio de igualdad procesal”, en LL, 2011-C, 790.

¹³ CorteIDH, caso “González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 27/02/2012, párrafo 244; caso “Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 30/08/2010, párrafo 235.

Es obligación del Estado, a su vez, garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.25 CADH), y concretar el control de convencionalidad, de modo de verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH - tanto contenciosa como consultiva- y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte¹⁴.

La tutela diferenciada como acción positiva, tiene diversas manifestaciones legales en plano interno¹⁵, pero encontró su mayor expansión en el Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015.

La impronta del código unificado surge diáfana de los conocidos “Fundamentos” explicados para el llamado “Anteproyecto del año 2012”, en

¹⁴ Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad, ver: Cuaderno de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad, en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

¹⁵ Por ejemplo, la Ley N° 26.857, salva de la prohibición de dictar medidas cautelares contra el Estado nacional y sus entes descentralizados a un juez o tribunal incompetente, si se trata de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la CADH, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. En el ámbito provincial, la Ley N° 9602 del año 2022 de Tucumán, estableció como política prioritaria para el Estado Provincial la implementación de la perspectiva de vulnerabilidad de manera transversal como una forma de llegar a la igualdad prevista en el art. 16 CN y hacer efectivos los derechos humanos consagrados en ella y en los tratados internacionales, brindando herramientas de detección y reacción frente a las lesiones de derechos. Para llevar a cabo la protección especial el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (Ley 6556) estableció un conjunto de disposiciones especiales destinada a los procesos en los que intervienen personas en condición de vulnerabilidad (ver: <https://hcdcorrientes.gov.ar/es-ley-nuevo-codigo-procesal-civil-y-comercial-de-la-provincia-de-corrientes/>); y también lo hicieron el Anteproyecto de Código Procesal de Familia, Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires -años 2021/2022- (ver: https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial). Sin el enfoque abarcativo de los cuerpos legales antes nombrados, contiene algunas disposiciones especiales el Anteproyecto de Código General del Proceso de Chubut de 2019 (<https://www.juschubut.gov.ar/index.php/crpc>). La Ley 27.654 sobre “Situación de calle y familias sin techo”, ordena contemplar la condición de vulnerabilidad de las personas a las que está destinada en todos los ámbitos del Estado, incluyendo el de la justicia.

donde al hablar los autores de los aspectos valorativos, lo hicieron del propósito de un “Código de la igualdad”. Dijeron allí que “los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”.

El art.706 CCC recoge ese ideario al establecer que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”. Éste, como el resto de los principios y reglas destinadas a modular un trámite propio de la jurisdicción de protección y acompañamiento, trascienden el marco de los procesos de familia propiamente dichos¹⁶.

Los códigos procesales de familia sancionados por diversas provincias como consecuencia de las directrices procesales del código de fondo, siguieron la misma línea y marcaron que las normas deben ser aplicadas garantizando el acceso a la justicia a personas en situación de vulnerabilidad¹⁷.

¹⁶ “En tales situaciones, el paradigma protectorio, impone a los integrantes del poder judicial adoptar una conducta activa, en la que el juez ejerza sus amplios poderes-deberes, aplicando, en razón de la vulnerabilidad, los principios enunciados en los arts. 706 y sges. del código unificado, en particular el de oficiosidad -art.709 CCC-, de modo de evitar los perjuicios que derivan de la inactividad procesal y que impactan en distintos derechos como el de propiedad” (SCJMendoza, Sala I, “V., J. y otros c. A., F. M. y otros s/ daños y perjuicios (accidente de tránsito) s/ recurso extraordinario provincial”, del 11/10/2022, en LL, AR/JUR/145108/2022).

¹⁷ Para mencionar algunos de los más recientes, el Código Procesal de Familia de San Luis (Ley N° VI-1053-2021), en su art. 3, enuncia entre sus características y principios generales, la tutela judicial efectiva, especificando: “las normas que rigen el procedimiento de familia deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables. Se debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de vulnerabilidad afecte el desarrollo o resultado del proceso”. De su lado, el Código Procesal de Familia de la Provincia de San Juan (Ley 2435-O, 2022) en su art. 4, para los “procesos con personas en

El deber de la magistratura de proteger la igualdad real de las partes en sus posibilidades defensivas en el proceso judicial, tiene pues como se ve, sobrado anclaje legal.

4. Estándares jurisprudenciales para el trato especial

La CorteIDH responde ante la violación de derechos convencionales de personas en condición de vulnerabilidad por su contexto en términos de reparación y garantías de no repetición (para el caso), pero también en términos de adaptación prospectiva, o de disminución de la vulnerabilidad futura (resiliencia)¹⁸. La tarea incluye la fijación de estándares de tipo procesal, que permiten compensar las dificultades que enfrentan las personas en condición de vulnerabilidad en el acceso a la justicia y la defensa de sus derechos.

Hablan de un tipo de tutela diferenciada por la intensidad del despliegue jurisdiccional que reclama el adecuado ajuste del procedimiento para el resguardo de los derechos del destinatario, en razón de las desventajas comparativas que le depara su condición.

situación de vulnerabilidad”, dispuso: “Las normas deben ser aplicadas garantizando el acceso a la justicia a personas en situación de vulnerabilidad. Se consideran personas en situación de vulnerabilidad aquellas que, por razones de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, circunstancias sociales, económicas, étnicas, culturales, sus creencias y prácticas religiosas o la ausencia de éstas, encuentren especiales dificultades para ejercer con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Debe propenderse a la simplificación del trámite, a cuyo fin el juez puede delegar funciones en personal autorizado”. En el tema ver: PAULETTI, Ana C.: “Procesos de familia. Regulaciones locales derivadas del Código Civil y Comercial de la Nación”, RC D 813/2022.

¹⁸ ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin: “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, en la colección “*Cahiers Européens*” 2014 de la Universidad Paris I *Panthéon Sorbonne*, editado por Pedone, dirección profesora Dr. Laurence Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>.

Para el nombrado tribunal, toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad, en particular menores de edad y personas con discapacidad, es titular de una “protección especial”¹⁹.

En asuntos vinculados a abusos sexuales de de personas menores de edad, debe existir, según también tiene sostenido, un “deber de debida diligencia reforzada y protección especial”, ligado a un “deber estatal de especial intensidad” destinado a organizar el sistema de justicia, y que el actuar de las autoridades sea conforme a la debida diligencia con el desarrollo de un proceso adaptado a las NNA, para garantizar el debido proceso y un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, donde el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten²⁰.

Demarca de esa manera, la diferencia de trato y a la especial diligencia y celeridad que exige la actuación administrativa y judicial destinada a niños, niñas y adolescentes, resaltada recientemente en un caso de nuestro país donde se había producido con fines de adopción, la separación de un recién nacido de su familia de origen, cuya progenitora también era niña al momento del parto²¹.

Para los procesos vinculados al interés de adultos mayores, delineó un “criterio reforzado de celeridad” en lo que respecta a la obligación de cumplir con las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por las autoridades competentes, en función del deber reforzado de protección que tiene base en la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas mayores²².

¹⁹ CorteIDH, “Furlan y familiares vs Argentina”, 31/08/2012, párrafos 134.

²⁰ CorteIDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, 08/03/2018.

²¹ CorteIDH, “María y otros vs. Argentina, 22/08/2023.

²² CorteIDH, caso “Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) vs. Perú”, 01/02/2022, párr.79

También ha puesto el foco en situaciones de interseccionalidad como determinantes de mayor desigualdad, en donde varias causas de discriminación se concatenan y determinan la vulnerabilidad²³, mostrando que ese reconocimiento debe tener un parejo reflejo de orden procesal compensador de las entrecruzadas inequidades defensivas que pueden darse²⁴.

A partir del caso "González Lluy vs Ecuador"²⁵, la CorteIDH receptó la interseccionalidad como un patrón hermenéutico que posibilitó a los magistrados identificar a las personas o grupos que, en cada caso, se vieron

²³ “Este Tribunal advierte que, de verificarse los distintos motivos de discriminación alegados en este caso, particularmente en el supuesto de la señora Flor de María Ramírez Escobar habrían confluído en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a su condición de madre soltera en situación de pobreza, con una madre lesbiana, ya que la discriminación experimentada por la señora Ramírez Escobar sería el resultado del actuar entrecruzado de todos las razones por las que habría sido discriminada” (CorteIDH, 09/03/2018, Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, párr.276).

²⁴ En en el caso “Manuela y otro vs. El Salvador” advirtió la confluencia de distintas desventajas estructurales que impactaron en la victimización de Manuela, que era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural, y que esos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación habrían confluído en forma interseccional, incrementando las desventajas comparativas de la víctima, causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. Resaltó la concordancia del perfil de la mayoría de las mujeres juzgadas en El Salvador por aborto u homicidio agravado, quienes tenían escasos o nulos ingresos económicos, provenían de zonas rurales o urbanas marginales y tenían baja escolaridad (conf.: CorteIDH, caso “Manuela y otro vs. El Salvador”, sentencia del 02/11/2021, párrafo 253).

²⁵ CorteIDH, “González Lluy y otros vs Ecuador”, del 01/09/2015. En este caso la Corte Interamericana reconoció que la pobreza de la niña víctima impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad, por el contrario, generó el contagio de VIH, le generó dificultades para tener acceso a una vivienda digna, le impidió el acceso a la educación, con consecuencias negativas para su desarrollo integral. Precisó que la situación mostró que la estigmatización relacionada con el VIH no afecta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves en los grupos estructuralmente marginados. El Tribunal admitió que la discriminación que vivió la niña fue ocasionada por múltiples factores, que determinaron una forma específica de discriminación, resultado de la intersección de los mismos. Si alguno de estos no hubiese existido, la discriminación habría adquirido una naturaleza diferente.

afectados por múltiples factores ocasionando una situación de vulnerabilidad específica. Además, en el caso "Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús"²⁶, reconoció que la interseccionalidad debe abordarse desde un concepto amplio y no solo para dar respuesta a la problemática del género²⁷.

Aún así, cabe reparar en la advertencia formulada en el voto concurrente del juez Ferrer Mac Gregor en el caso “González Lluy y otros vs Ecuador”, en cuanto a que no toda situación en que se genera una discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a la interseccionalidad, porque ese concepto implica valorar la forma en que interactúan simultáneamente esos pretextos discriminatorios, ponderando si los mismos se dan en forma separada o simultánea. No se trata de la suma simple de varias formas de discriminación, sino que una forma específica de discriminación solo opera cuando se combinan varios motivos simultáneos de discriminación.

El paradigma protectorio no se circunscribe a una materia del derecho, porque según lo tiene establecido la Corte Suprema, “el imperativo constitucional de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, es transversal a todo el ordenamiento jurídico, lo cual significa que el Estado debe actuar con una mirada humanista en todos los ámbitos que lo conciernen”²⁸.

²⁶ CorteIDH, "Caso empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil", sentencia del 21/06/2020.

²⁷ Conf.: BASTERRA, Marcela I.: “La interseccionalidad como categoría de análisis Un enfoque clave para el ejercicio de los derechos de género y los económicos, sociales, culturales y ambientales”, LL, 2023-C, 114; TR LL, AR/DOC/1130/2023.

²⁸ En juicio de daños y perjuicios donde el acto obtuvo sentencia favorable contra el Ejército Argentino, a quien se condenó a abonarle una indemnización por los daños sufridos a raíz del cumplimiento de su función como médico de esa fuerza (contrajo un mieloma múltiple, con diversas afecciones derivadas, por la exposición habitual y reiterada a los rayos X que requerían sus prácticas médicas ejercitadas en

El máximo tribunal federal también ha usado la noción de “tutela reforzada”, ante las dificultades probatorias que habían sido desatendidas en un reclamo de filiación protagonizado por tres mujeres, abuela, hija y nieta, atravesadas por condiciones de pobreza y discapacidad²⁹, y para censurar la caducidad de instancia decretada en un proceso de daños y perjuicios en donde los destinatarios de la indemnización pretendida eran personas

su función), en la ejecución de sentencia la Cámara encuadró el trámite dentro del procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional previsto en el art. 22 de la ley 23.982 y en el art. 170 de la ley 11.672, y postergó la satisfacción del crédito del actor por un lapso que podía prolongarse de manera incompatible con los padecimientos y vulnerabilidad del actor. La Corte Suprema dejó sin efecto la decisión marcando -entre otras consideraciones- que no se había contemplado la singularidad del supuesto, igualando irrazonablemente la situación que en la realidad se presenta diferente, frustrando la tutela judicial efectiva al dejar huérfana de contenido la sentencia favorable que había obtenido (CS, “C., J. C. c/EN - M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios”, 30/04/2020, Fallos: 343:264). Antes, el tribunal había aplicado el criterio de vulnerabilidad en un asunto donde una mujer en su condición de jubilada reclamaba el cese del descuento del impuesto a las ganancias de sus haberes previsionales. Estableció allí que el imperativo constitucional del art. 75 inc.23 es transversal a todo el ordenamiento jurídico, y se proyecta concretamente a la materia tributaria, “...ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente "a cualquier precio", pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales” (conf.: CS, "García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", 26/03/2019, Fallos: 342:411).

²⁹ La desestimación de los recursos extraordinarios locales interpuestos contra el rechazo de la demanda de filiación entablada contra el interno de una institución psiquiátrica que habría violado a la hija de la reclamante allí alojada, dejándola embarazada es arbitrario frente a la garantía de amplitud probatoria reconocida en el art. 16, inc. i, de la Ley 26.485 sobre Protección Integral a las Mujeres, en virtud del cual, el superior tribunal provincial debió examinar con mayor exhaustividad las alegaciones de la curadora que, lejos de resultar escasas, complementaban el indicio derivado de la negativa del demandado a la realización del estudio biológico -art. 579 CCC-, única chance de prueba certera. Tratándose de un caso que involucra los derechos de dos personas particularmente vulnerables por su incapacidad mental, el de identidad de una menor, cuya filiación se reclama y la presunción de un acto de violencia sexual, se exige de los jueces un deber de tutela reforzado (CS, G., A. N. c. S., R. s/ filiación, 15/03/2016, Fallos: 339:276).

menores de edad, afirmando que verificada la situación de indefensión jurídica de los hijos de la demandante, el juzgador debió llevar a cabo un control judicial activo y disponer la notificación inmediata de esta situación al Ministerio Público, a fin de evitar el abandono de proceso en perjuicio éstos³⁰.

Asimismo, en relación a personas migrantes, explicitó que reconocer la condición de vulnerabilidad de una persona, implica asumir sus especiales dificultades para ejercitar en plenitud ante el sistema de justicia sus derechos, y con ello el deber de prestarles asistencia de calidad, especializada y gratuita, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin³¹.

Puede verse que la jurisprudencia de los máximos tribunales buscan evitar que la pertenencia de alguna de las partes a grupos postergados, determine desventajas comparativas en el acceso a la justicia o en sus posibilidades defensivas, y demarca la especial actitud que debe asumir la Magistratura en esas circunstancias en tutela de la igualdad real.

5. Vulnerabilidad procesal

³⁰ Fallos: 345:251.

³¹ De conformidad con lo establecido por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, a las que adhirió la Corte mediante la acordada 5/2009, los migrantes son considerados personas en condición de vulnerabilidad (Cap. I, Secc. 2, “Beneficiarios de las Reglas”, pto. 6), calificación que implica reconocer que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Cap. I, Secc. 2, pto. I, apartado 3) e impone el deber de prestarles asistencia de calidad, especializada y gratuita (Cap. 2, Secc. 2, pto. 2), así como de revisar las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y disidencia parcial del juez Rosatti) (conf.: CS, Li, Qingyu c/ M Interior-DNM s/ Recurso Directo, 28/02/2023, Fallos: 346:84).

La delimitación de la noción “vulnerabilidad procesal”, es el punto de partida de los análisis pendientes de orden procesal para garantizar la igualdad real en ese ámbito.

El derecho convencionalizado, exige que las desventajas estructurales que caracterizan a determinadas personas o grupos de la sociedad, no tengan un correlato en el proceso judicial, por lo que se debe evitar que la desigualdad real repercuta negativamente en el acceso a la justicia y restrinja el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de esos individuos.

La noción vulnerabilidad procesal busca detectar la situación extraprocesal temporal o permanente de desventaja de una persona ante las otras, y evitar que esto irradie dificultades en concreto para ejercitar plenamente los derechos en el proceso judicial. Verbigracia, una mujer embarazada, en condición de pobreza, migrante, con otros hijos pequeños y sin entorno familiar, víctima de violencia de género, puede afrontar obstáculos mayores al intentar su acceso al sistema de justicia y para defender sus derechos en plenitud.

Para hablar de vulnerabilidad procesal, la persona debe integrar un grupo tradicionalmente postergado de la comunidad, y esa condición, por el contexto específico, ocasionarle concretas dificultades en el sistema de justicia.

Esa es la técnica receptada en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (Ley N°6556), primer ordenamiento adjetivo del país que sistematizó reglas específicas para los procesos con sujetos vulnerables, y que en su art. 47, precisó que se consideran en condiciones 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.

Allí recae una obligación de nivelación a cargo de la judicatura, suerte de directriz jurídica e imperativo ético inherente al principio “pro persona” que tiene anclaje constitucional en el art. 75 inc.23 CN. El mandato alcanza a las relaciones de derecho público como de derecho privado, e impone detectar incluso oficiosamente “vulnerabilidades” en concreto, con el correlativo deber de aplicar paliativos procesales que complementen y refuercen los recursos y garantías previstos en el ordenamiento.

El objetivo es evitar que la desigualdad extraprocesal fundada en la vulnerabilidad, repercuta en el desarrollo o resultado del proceso, y con ello en la justicia de las decisiones judiciales.

Metodológicamente, para mitigar esas diferencias, hay que detectarlas y divisar los obstáculos concretos que obstruyen la igualdad real en el proceso, removiéndolos, para que no incidan en el ejercicio de los derechos de personas que gozan de preferencia constitucional.

Jorge W. Peyrano apunta como antecedente de la advertencia de la vulnerabilidad procesal, y de su función aliviadora de cargas y recaudos, el recurso interpuesto *in forma pauperis*, antigua construcción procesal penal³², empleada reiteradamente por la Corte Suprema en esa materia hasta la actualidad³³, que aplicó asimismo en un amparo de salud, hilado con la doctrina que censura el excesivo ritualismo, y con la índole de los derechos

³² conf.: PEYRANO, Jorge W.: “Guías para un mejor desempeño del buen juez civil”, en: LL, 2022-B, 675; TR LL, AR/DOC/1257/2022. La expresión “recurso in pauperis”, o “in forma pauperis”, deriva del latín, y significa con carácter de pobre. La modalidad tiene un origen pretoriano, y tiene un constante reconocimiento de la Corte Suprema de la Nación, con la finalidad de canalizar manifestaciones que demuestren la voluntad recursiva de personas privadas de su libertad, que no cuentan con asistencia letrada.

³³ En el tema ver nota de jurisprudencia de la Corte Suprema “Recurso in forma pauperis (Petición presentada por personas detenidas)”, en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/33/documento>.

comprometidos³⁴. El recurso *in pauperis* se encuentra contemplado incluso en la reglamentación del expediente electrónico³⁵.

No hablamos entonces de favorecer a una persona respecto a otra ni de darle la razón por ser la parte más débil, sino de lograr condiciones paritarias de discusión.

Sigue encontrar parámetros racionales para habilitar y dosificar esa tutela especial.

6. Delimitación de la tutela diferenciada

Las discusiones actuales pasan por cómo operativizar el paradigma protectorio.

Esto es, delimitar quiénes deben ser los beneficiarios de los ajustes, y cuál el alcance de las adecuaciones procesales. El problema aparece en particular cuando el esfuerzo debe desplegarse fuera de los procesos especiales tuitivos que cuentan con un diseño legislativo que parte del reconocimiento de la desigualdad de las partes y ya contempla mecanismos de compensación, como ocurre, por ejemplo, en el proceso laboral, en los

³⁴ CS, “Quinteros Virginia s/ su presentación”, 23/02/2012, Fallos: 335:76. El dictamen de la Procuradora Fiscal -a cuyos fundamentos la Corte remitió-, reseñó que la amparista impugnó *in forma pauperis* la decisión del Superior Tribunal provincial por injusta y arbitraria, y que por intermedio del representante del Ministerio Público de la Defensa, hizo luego hincapié en el perjuicio irreparable que el fallo irrogaba a su derecho a la salud, la sería afectación de la defensa en juicio y el debido proceso, resaltando la condición de vulnerabilidad de la parte que, además de discapacitada, carecía de medios económicos, era mujer, habitante de una pequeña localidad de provincia y carecía de información para defender sus derechos. Recalcó que si bien no se trataba estrictamente de una presentación *in forma pauperis* (es decir, de la petición recursiva informal suscripta por una persona privada de su libertad, con posterior asistencia letrada), no cabía dudar de la voluntad impugnativa de la amparista, asistida, más tarde, por los representantes del Ministerio Público, ni de la difícil situación en la que se encontraba.

³⁵ Ver entre otras, Acordadas CS 04/2007, 03/2015, 25/2023.

procesos de familia, o en las tutelas de urgencia destinadas a la protección contra la violencia de género y familiar.

La mayor nitidez en el ámbito de aplicación de la nivelación, permitirá garantizar la nivelación cuando es debida, a la par de evitar excesos paternalistas o desequilibrios injustificados por falta de foco en los propósitos, que por provocar una actuación inflacionada, termina siendo ineficáz.

A la hora de afinar casos y alcance en los que procede la tutela especial en razón de la condiciones vulnerabilidad, debemos abordar un doble examen: el aspecto subjetivo, esto es, qué tipo de asimetrías se toman como patrón indicativo de vulnerabilidad procesal tutelable; y el aspecto objetivo, relativo al alcance que se otorgará a la tutela diferenciada o tratamiento diferente, y si corresponde asignar algunas adecuaciones específicas o ventajas procesales en bloque.

A raíz de algunas iniciativas legislativas, veo conveniente en forma adicional detenernos en este apartado, en el tópico de si es conveniente o no, incidentar el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad que activa las reglas diferenciadas.

a. El aspecto subjetivo

Las autoridades judiciales tienen que reparar en aquellos indicadores que pueden determinar un deber de actuar diferenciado en el caso, si la desigualdad extraprocesal determina desventajas en el proceso judicial³⁶.

³⁶ En ese sentido, en el caso “María y otros vs. Argentina” (22/08/2023), la CorteIDH resaltó que la madre y su familia atravesaban una clara situación de vulnerabilidad, por ser niña, haber quedado embarazada a los 12 años, el estado de pobreza de la familia y los antecedentes de violencia intrafamiliar que habían derivado en la exclusión del padre, y que esa confluencia de factores, debió alertar al Estado sobre su deber de actuar con diligencia estricta o reforzada para garantizar los derechos de María y su hijo.

Esto quiere decir que no es suficiente incluir categorías de personas que comparten estructuras de desigualdad, como la condición de migrantes, personas con discapacidad, consumidores, etc., porque esa diferencia podría no derivar en una asimetría procesal para la causa. En ese sentido, una mujer, incluso mayor de 60 años, profesional, puede no tener dificultad alguna para ejercer sus derechos.

La vulnerabilidad que indica la pertenencia a grupos desaventajados, podría no implicar de por sí, desventajas en un proceso judicial determinado para algunas personas³⁷.

Ese razonamiento surge de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”³⁸, decálogo de

³⁷ En el plano sustancial, el Dr. Rosenkrantz mostró la insuficiencia de invocar la vulnerabilidad por la sola pertenencia a una categoría de personas, en la disidencia que formuló en el caso “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (CS, del 26/03/2019, en Fallos: 342:411). Dijo: “La mención en el texto constitucional de ciertas categorías de personas o la vulnerabilidad con la que a ellas comúnmente se asocia no exime a dichas personas, por esa sola circunstancia, de la obligación de pagar los tributos que el Congreso establezca para afrontar los gastos del Estado. Ello es así pues la mención en el texto constitucional de una determinada categoría de sujetos no implica de ninguna manera reconocer a dichos sujetos derecho constitucional alguno a un tratamiento impositivo preferente, distinto al del resto de los contribuyentes. Si la mera pertenencia a las categorías de personas mencionadas en el art. 75, inc. 23 requiriese un tratamiento impositivo preferente debería admitirse una conclusión que parece inaceptable, por ejemplo, que las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, deberían estar eximidas de pagar cualquier tributo o deberían pagar un porcentaje menor que los hombres. Por consiguiente, en el presente caso, aun cuando la edad de la actora al momento de iniciar la demanda (79 años) pueda determinar que, en la mejor interpretación del art. 75 inc. 23, deba incluirla en la categoría de “persona anciana” y que, por lo tanto, puedan tomarse medidas de acción positiva a su respecto, no implica que la actora tenga, por el hecho de pertenecer a esa categoría, un derecho a no tributar. En conclusión, la imposibilidad de extraer consecuencia alguna para resolver esta causa mediante referencias al art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, sumada a la ausencia de prueba del carácter confiscatorio o irrazonable del gravamen en las particulares circunstancias de la actora, justifica la revocación de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el a quo”.

³⁸ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana 2008, actualizadas en 2018, en la XIX edición, con adhesión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N°05/2009.

principios, directrices orientadoras y recomendaciones para la actuación judicial, que tienen el objetivo de eliminar o mitigar los mayores obstáculos que las mismas encuentran para ejercitar sus derechos.

En efecto, del entrecruzamiento de las reglas 3 y 4, se extrae que están destinadas a personas pertenecientes a ciertos grupos postergados de la comunidad, que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico³⁹; con lo cual, la obligación de aplicar ajustes en el proceso depende de que la vulnerabilidad irradie limitaciones de orden procesal específicas.

Las limitaciones para impulsar o desenvolverse ante la justicia, en general, se encuentran determinadas por la situación contextual. Esto quiere decir que advertida la pertenencia de la persona a una categoría postergada de la sociedad, debe observarse el caso desde la dinámica relacional vinculada a la situación contextual de esa persona en relación a su caso. El concepto es relacional y dinámico, e implica que se es vulnerable en relación a ciertas condiciones contextuales que propician o acentúan la vulnerabilidad que

³⁹ La regla 3 indica: “Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Seguidamente en la regla 4, especifica que “podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de 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”.

supone una categoría en abstracto, y asume que esas condiciones también pueden variar.

Esta óptica, propuesta desde la ética de la investigación, divulga la noción de “capas de vulnerabilidad”⁴⁰, que fue incorporada por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en su Guía 15 del año 2016⁴¹.

El documento explica que un enfoque tradicional ante la vulnerabilidad en la investigación ha sido calificar a clases enteras de individuos como vulnerables, y propone como método superador, considerar las características específicas que pueden hacer vulnerable a una persona, y que pueden coexistir diferentes notas que hagan que algunos individuos sean más vulnerables que otros, lo cual depende en gran medida del contexto.

Aplicando el razonamiento, una persona adulta mayor, con deterioro cognitivo y sin familiares inmediatos, que ha sido víctima de estafas, abusos o influencia indebida, puede ser vulnerable en el proceso. A su vez, personas analfabetas, migrantes, integrantes de minorías raciales o sexuales, y cuanto más, si se reúnen las tres características, en un ambiente autoritario, pueden enfrentar múltiples factores que las hacen vulnerables en un proceso judicial, que quizás no los tendrían en otro contexto político.

El enfoque está vinculado al de la interseccionalidad y de la vulnerabilidad específica, donde se intenta evitar el riesgo de la homogeneización a partir de categorías o como una condición permanente e

⁴⁰ LUNA, Florencia: “Vulnerabilidad: La metáfora de las capas”, en: Jurisprudencia Argentina, TR LL, 0003/014059; misma autora: “Repensando políticas públicas desde la noción de capas de vulnerabilidad: el caso de las personas mayores”, en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/53362/CONICET_Digital_Nro.621_2ff36-d807-4ecf-a0ba-98ecd820d90f_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Visto 23/12/2023.

⁴¹ https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf. Visto 23/12/2023.

inmutable; o que, por pertenecer a un grupo vulnerable, se desconozca que algunas personas pueden ser susceptibles a la discriminación y vulneración de derechos y otra no.

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (“CEDAW”) ha señalado que 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, y que estos factores interseccionales “dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia”⁴².

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) mostró un progreso en la apreciación de la vulnerabilidad a partir del uso de la interseccionalidad como criterio interpretativo, al superar límites conceptuales de la categoría de la vulnerabilidad, como la ambigüedad y vaguedad del concepto. Para eso habló de la “vulnerabilidad específica”, como categoría que implica un enfoque interseccional, donde afinó su reconocimiento de la vulnerabilidad, pasando a distinguir que las personas se vuelven particularmente vulnerables por un conjunto dinámico de causas que interactúan entre ellas generando situaciones específicas de sobreexposición a la violación de los derechos que necesitan protección especial por parte del Estado⁴³.

⁴² Conf.: CEDAW. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del 03/08/2015, párrafo 8.

⁴³ En el caso “B.S. vs. España”, el TEDH (24/07/2012) se refirió a la “vulnerabilidad específica” de la demandante (una mujer de origen nigeriano que ofrecía servicios sexuales en la calle), destacando que esa condición de vulnerabilidad era el resultado de la intersección de su raza, género y situación sociolaboral, sin vincularla a un presunto grupo de pertenencia. El Tribunal evitó así la esencialización de la situación de vulnerabilidad y el consiguiente estigma que provocaba su jurisprudencia previa en materia de personas y grupos vulnerables (conf.: LA BARBERA, Mariacaterina: “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Límites y potencialidad”, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, Año

En el caso “Manuela y otros vs. El Salvador” de la CorteIDH, el voto concurrente del juez Ricardo C. Pérez Manrique, utilizó el concepto de “vulnerabilidad específica” del TEDH⁴⁴.

Afinando el procedimiento de identificación para la aplicación de correctivos de orden procesal, desde la doctrina se propone el uso de un “test de razonabilidad” en el otorgamiento de estas tutelas, con el objetivo de evitar su aplicación descontrolada, el uso abusivo o meramente discursivo del término vulnerabilidad, que bajo un sesgo protectorio desplace la imparcialidad, lo banalice o vacíe de contenido, impidiendo la atención adecuada del problema en un sistema de capacidades limitadas⁴⁵. Con esos reparos, Leandro Safi condensa los presupuestos para la aplicación de la tutela en un listado de factores que deben ser considerados para tipificar los casos, en un “baremo de vulnerabilidad”, que exige corroborar las siguientes particularidades:

- 1) la persona pertenece a una "categoría sensible" de individuos tradicionalmente postergados;
- 2) se encuentran en un "contexto fáctico" de singular amenaza o fragilidad;
- 3) existe "relación directa" y pertinencia lógica entre la fragilidad invocada, el tema en disputa, y la dificultad que reclama tutela (atingencia);
- 4) revela una "dificultad estructural" para la actuación autónoma (natural, social, etc.);

nº 23, Nº 62, 2019, págs. 235-257; disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6888199>).

⁴⁴ Conf.: CorteIDH, "Caso Manuela y otros vs. El Salvador" sentencia del 02/11/2021.

⁴⁵ SAFI, Leandro K.: “Necesaria delimitación de la vulnerabilidad y de su tutela diferenciada”, en SJA 06/10/2021, 17; TR LL, AR/DOC/2606/2021.

- 5) existe una "merma defensiva" vinculada a la tutela de derechos fundamentales;
- 6) la situación crea "desventaja comparativa" en relación con la contraria.

La propuesta de Safi, busca evitar desbordes conceptuales que desnaturalicen la intención de nivelar desigualdades, preocupación en la que puede encontrarse cierto consenso, más allá de las diferentes manera en la que luego se propone superar ese problema⁴⁶, pero si en algo puede acordarse, es en que no basta con pertenecer a un grupo de desplazados para que se activen los mecanismos niveladores en el proceso, sino que, esa circunstancia, en función del contexto fáctico, debe incidir negativamente en la defensa de los derechos, poniendo un obstáculo a la protección judicial debida.

No obstante, la preocupación que involucra el paradigma protectorio refiere a derechos sensibles, por lo que el método de verificación de la vulnerabilidad procesal no podría resultar un tamiz formal demasiado fino, del que resulte una nueva rigidez procedimental que limite en exceso la protección constitucional debida a las personas y sus derechos.

Más bien, la actuación y la valoración judicial debe estar guiada en clave de protección, y aun en caso de duda, optar por un criterio de interpretación que evite situaciones de injusticia fundadas en limitaciones

⁴⁶ Conf.: PICCINELLI, Ornela C: "Innovación frente a la desigualdad. Reglas procesales de equilibrio", en RDP-2023-2, Gestión e innovación en el proceso II, Rubinzal-Culzoni Editores, pág.303 y sgtes..

defensivas que pueden no resultar diáfanas⁴⁷. En tales casos, tendrá que primar la facilitación del acceso a la justicia y a la justicia sustancial⁴⁸.

⁴⁷ A la hora de querer proteger sin asumir una actitud paternalista, el relevo jurisprudencial muestra supuestos que dejan abierta la discusión sobre la razonabilidad del ajuste aplicado. En ese segmento ubicamos el caso donde se rechazó la caducidad de instancia porque el reclamo sustancial estaba vinculado a daños y perjuicios originados en la violencia familiar, sin analizar si esa situación había sido un factor negativo para el impulso del trámite: “La traba de medidas cautelares, no interrumpe el curso de la perención. Sin embargo no puede dejar de considerarse que el alcance de dichas diligencias, deben ser distinto en el caso, en que si bien el reclamo versa sobre una indemnización de daños, los hechos que lo sustentan —según la demandante— se relacionarían con un caso de violencia de género. Se mantiene la vigencia del derecho del reclamo. El acceso a la justicia se vería vulnerado si se desestimara la acción de daños que se relaciona a un caso de violencia de género por razones de caducidad, puesto que esa solución conduciría a desproteger a una mujer en situación de violencia, con separación de los postulados protectorios supralegales, importando una decisión con netos rasgos de excesivo ritualismo, a supuestos de vulnerabilidad a los que deben consagrarse una mayor flexibilidad en su aplicación, para evitar la desprotección de los derechos en juego; que podría importar violencia institucional” (CNCiv, Sala C, “M., L. c. O., S. s/Daños y Perjuicios”, 29/12/2022, en TR LL, AR/JUR/188163/2022). Cabe preguntarse si la adaptación pudo evitarse aplicando para todo el juicio y de antemano el principio de oficiosidad en el impulso del trámite, lo cual -más allá de la mejorable redacción del segundo párrafo del art. 709 CCC-, hubiese sido acorde a lo normado con el art. 36 inc.1° CPCCN.

⁴⁸ Cuando se invoca la condición de consumidor, ante la duda sobre la aplicación del régimen especial, debe estarse en favor del ejercicio de la acción con gratuidad, sin perjuicio de lo que resulte del juicio, en función del art. 42 CN y específicamente en el art. 53 de la Ley N° 24.240 que fija la gratuidad de las acciones judiciales iniciadas por los particulares que demandan, en los términos de esa ley, en función de un derecho o interés individual. A su vez, el otorgamiento de ese beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé para “las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley”, con lo cual, “una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no sólo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue, sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores -y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses- a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos (conf.: CS, “ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/proceso de conocimiento”, del 14/10/2021) (conf.: CApelGchú, Sala I, “Romani Mauricio c/ Cooperativa de Consumo de Electricidad y Afines de Gualeguaychú Ltda. S/ Sumarísimo S/ Recurso de Queja”, Expt. N° 7945/C, 07/06/2023, inédito).

Esto puede depender de tomar recaudos especiales para una notificación, de habilitar la ampliación de un plazo o excepcionar los efectos de la preclusión⁴⁹ si, debido a la condición de vulnerabilidad de la persona, las formas procesales son la barrera que dramatiza la desigualdad, y el impedimento para el pleno goce y ejercicio de sus derechos.

b. El aspecto objetivo

En el aspecto objetivo, la mirada se coloca en la selección de los recursos para la adecuación de las formas y en la delimitación de los alcances de la tutela especial, esto es, en la determinación de los beneficios que deben otorgarse a lo largo del proceso para la igualación de oportunidades.

⁴⁹ En otro caso de la Provincia de Entre Ríos, el juez en lo civil había mandado integrar la tasa de justicia, suspendiendo la tramitación del juicio -art.4, Ley 10.056-, debido a que el beneficio de litigar sin gastos se había iniciado en su transcurso, y por lo tanto el efecto retroactivo del otorgamiento no alcanzaría el momento inicial en que la tasa era exigible -art.75 CPCCER-. Sabido es que según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el beneficio de litigar sin gastos "no comprende los gastos devengados con anterioridad a su pedido", criterio vinculado al principio de "preclusión". Esa es la razón en la que se funda que no operen los efectos del beneficio con anterioridad a su solicitud, la cual ha sido receptada en la mayoría de las normas procesales como la entrerriana que nos ocupa. La lectura, por su rigidez, no es compatible con situaciones en las que se pone en juego el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. En ese entendimiento, el tribunal de Alzada señaló que aunque no se estuviera ante un asunto de índole familiar enmarcado en la Ley Procesal de Familia, debía imperar una mirada más amplia, de orden constitucional y acorde al principio de instrumentalidad de las formas, esto es, en clave de convenciones de derechos humanos, en donde la tutela de los derechos exige garantizar el acceso a la justicia. Con ese basamento, se observó que la actora reunía "prima facie" condiciones para que las normas -niveladoramente-, se interpretaran de modo de no obstruir su acceso a la justicia, en función de su género y condición de pobreza, pues las constancias relevadas mostraban verosímil su dificultad estructural. La Cámara sostuvo entonces que ante la duda, debía operar el principio pro persona, haciendo operativo el paradigma constitucional protectorio, y sin perjuicio de lo que resultara del incidente donde evaluaría el otorgamiento de la franquicia pedida, se extendió el beneficio provisional a favor de la accionante, mandando que se reanudara el trámite principal suspendido (conf.: CApelGuaaleguaychú, Sala 1, "Araujo, Juana c/ Robin, Oscar Francisco y otra s/ Ordinario - Daños y Perjuicios", Expt. N° 7902/C, 28/04/2023, inédito).

Los ajustes del procedimiento pueden ser de lo más variados si se repara en que el derecho al acceso a la Justicia tiene muchas más implicaciones que la posibilidad de acudir a los tribunales e iniciar una petición. Comprende también la preparación del juicio, el aseguramiento o el anticipo cautelar, el sostenimiento del trámite, el ejercicio del derecho a la prueba, obtener una sentencia que dé respuesta a la petición, que la sentencia se cumpla o pueda ejecutarse de modo expeditivo y contar con una instancia recursiva.

Teniendo en cuenta ello, y la variada gama, posibilidades y necesidad de ajustes que pueden darse, algunas regulaciones que ubicamos en un primer grupo, contemplan una genérica encomienda legal a la Magistratura para que ejecute la tarea de adecuación en función del principio de instrumentalidad de las formas, de la adaptabilidad y flexibilidad procesal.

Este método hace posible todo tipo de modulaciones aunque no se las prevea expresamente, como el lenguaje sencillo en los actos de comunicación, asignar una extensión mayor a un plazo, aplicar ajustes para las audiencias, permitir la intervención de apoyos o traductores, o el abordaje de equipos técnicos interdisciplinarios.

En esa senda, el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán (Ley 9531), al enunciar los principios que rigen el procedimiento, contempló el “acceso a una tutela judicial efectiva”, explicitando que “toda persona tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones en igualdad de condiciones, sin discriminación en razón de la raza, edad, género, religión, idioma, condición social o cualquier otra situación. Toda persona tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva según el debido y justo proceso siempre que invoque un interés jurídico protegido y legitimación. Se debe priorizar el respeto a niñas, niños y adolescentes, ancianos, personas con capacidad restringida o enfermedad grave y toda persona o grupos en situación de vulnerabilidad, posibilitando

su participación en el proceso judicial de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición”.

Para conjugar con ese principio, el código tucumano también consagró el de cooperación procesal, y el de “instrumentalidad, flexibilidad y adecuación procesal”, conforme al cual, indicó, “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Todos los que intervengan en un proceso judicial deberán hacer prevalecer la tutela efectiva de los derechos en litigio, evitando el excesivo rigor formal”⁵⁰.

El conocido Proyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 2019⁵¹, al incorporar en el art. 1º el principio de la tutela judicial efectiva, precisó que las normas procesales “se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad”. La misma norma, ordenó que debe asegurarse a las partes “la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica”.

En un segundo grupo de regulaciones encontramos otra técnica empleada por el legislador que es la de enunciar una serie de dispositivos

⁵⁰ En línea con el art. 706 CCC, y en el sentido de otros códigos procesales de familia sancionados a partir de 2015, el Código Procesal de Familia de la Provincia de San Juan (Ley 2435-O, BO 07/11/2022) contempló en su art. 4 los “procesos con personas en situación de vulnerabilidad”, previendo como pauta hermenéutica que las normas deben ser aplicadas garantizando el acceso a la justicia a personas en situación de vulnerabilidad, y a modo de directiva operativa, prescribió que “debe propenderse a la simplificación del trámite, a cuyo fin el juez puede delegar funciones en personal autorizado”.

⁵¹ El Proyecto de reforma al CPCCN del año 2029 fue impulsado desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a partir del trabajo de una comisión integrada por veintiún especialistas. Disponible en www.sajj.gob.ar.

procesales con los que se puede contar a la hora de atender la vulnerabilidad procesal⁵², ya sea para asignarlas en bloque, o mediante un análisis individual de pertinencia para cada ajuste en el caso específico y en función de las repercusiones en concreto de las limitaciones constatadas.

El Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes optó por aplicar “en bloque” las reglas especiales que reguló entre sus arts. 46 a 55 destinados a “procesos con sujetos vulnerables”, para los casos en los que se verifique la condición de vulnerabilidad en la forma establecida en el art. 48.

Entre los recursos especiales, asegura la intervención de equipos técnicos interdisciplinarios, la gratuidad con el mismo alcance que el beneficio de litigar sin gastos, la flexibilidad de las formas para que se adapten a las condiciones de la persona vulnerable -con posibilidad de también adecuar la pretensión-; la concentración de actos, asistencia letrada y acompañamiento de referentes afectivos o de la comunidad, traductor o intérprete, el lenguaje sencillo e información y la obligación para las autoridades judiciales, de trasladarse al lugar donde se encuentren las personas si fuera necesario para facilitar la accesibilidad y disponer el uso de herramientas tecnológicas adecuadas

De su lado el Anteproyecto de la Código Procesal de Familia, Civil y Comercial de Provincia de Buenos Aires (CPFCyCBA)⁵³, previó un capítulo destinado a la declaración de la situación de vulnerabilidad, y el planteo de la situación de desventaja procesal para que se decida la “actuación procesal reforzada” -art.95-. El art.96 destinado a los efectos, remite a los previstos en

⁵² El Anteproyecto de Código General del Proceso de Chubut del año 2019, previó en el art. 102 que el Estado garantizará el patrocinio gratuito de aquellas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y la posibilidad de adoptar para las audiencias medidas de resguardo en el art. 141 inc.c), entre otras previsiones.

⁵³ Disponible en: https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial

el código, y agrega que la declaración implica el deber de las juezas y jueces de dar prioridad al respectivo trámite.

A lo largo del articulado, reconoció diversas formas de trato que deben recibir a lo largo del juicio, las personas a las que se reconoció la actuación procesal reforzada. Entre otras salidas, se encuentra la justificación de inasistencia y de modalidad de la audiencia, excepciones al principio de perentoriedad de los plazos, ampliación especial de plazos, excepción a la preclusión de alegación de hechos o documentos desconocidos, y entre otras, la intimación especial en relación a la negligencia probatoria.

Tienen en común el código y el anteproyecto citados: la instancia de determinación de la situación que justifica los ajustes del procedimiento y que no efectúan una enumeración taxativa de ajustes, ya que dan lugar a la judicatura para aplicar otras técnicas convenientes de compensación, diferentes a las reguladas.

En el código correntino esa habilitación se da a partir del principio de flexibilidad de las formas -art.51-, y en el anteproyecto de Provincia de Buenos Aires, cuando de modo expreso se indica que las disposiciones reguladas para la actuación procesal reforzada no deben interpretarse como obstáculos para que la jueza o juez, en aplicación de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, adopte otras medidas de especial protección a las personas en situación de vulnerabilidad -art.95-.

A su vez, en los dos regímenes, la verificación de la vulnerabilidad procesal, habilita la aplicación de todas las herramientas previstas y las que resulten pertinentes -en bloque-, sin un estudio de pertinencia entre la compensación y las dificultades concretas para el acto determinado.

Destaco de los textos citados que fueron punta de lanza, al asumir disruptivamente el desafío de sistematizar reglas para los procesos con personas en condición de vulnerabilidad. A partir de esos trabajos, es más fácil seguir pensando la forma más efectiva de regular la cuestión.

En tercer orden nos encontramos ante códigos procesales que no cuentan con una expresa instrucción del código procesal para la adaptación del procedimiento en miras a equilibrar la condición de vulnerabilidad de una de las partes, y esa adecuación debe llevarse adelante con el apoyo de los principios procesales.

La jurisprudencia exhibe en esa situación el alcance y la relevancia adquirida por el principio de instrumentalidad de las formas.

Entre muchas revelaciones de ese principio conectado con el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, puede verse que es conducto apto para la flexibilización de los criterios atributivos de competencia⁵⁴, o para el examen menos riguroso de concurrencia de los presupuestos de admisibilidad de una cautelar anticipatoria si están en juego derechos constitucionales y la necesidad de evitar un daño luego irreparable⁵⁵.

⁵⁴ Frente a especiales circunstancias puede justificarse que incluso la aplicación del principio de inmediación deba ceder, continuando al frente del caso el juez que previno, si el cambio de competencia termina por afectar el derecho a la tutela judicial efectiva en relación a la situación jurídico patrimonial de la persona protegida. En ese sentido, el lineamiento que recepta el art. 36 CCC debe ser valorado de un modo contextualizado y no meramente automático, a fin de prevenir situaciones que dificulten el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (art. 13 CDPD) (Conf.: CS, “P., G. H. A. s/ determinación de la capacidad”, del 04/10/2016, en: DJ 21/12/2016, 33 - DFyP 2016 (diciembre), 100). “Ante la dificultad para determinar cuál es el centro de vida, su definición debe postergarse. Frente a esa imposibilidad, corresponde asignar función de protección al juez que cuenta con la condición de la intermediación y está en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales de las personas menores de edad involucradas, donde no puede soslayarse el lugar actual de residencia” (conf.: CS, “B. C., J. G. c. R. P., C. J. s/ restitución internacional de niños”, 29/11/2016, del LL, 06/02/2017, 11; “S., K. y otro s/ guarda”, 19/06/2019, en LL, 21/08/2019, 9; “B., C. I. c. S., A. N. s/cuidado personal del hijo (tenencia)”, del 09/09/2021, en TR LL, AR/JUR/137596/2021; 1681/2017/CS1, “C., R. c/ P., N. R. s/ medida cautelar”, del 13/11/2018; CSJ 917/2019/CS1, “W., S. J. c/ D., L. D. s/ medida provisional urgente cuidado personal unilateral”, del 01/10/2020, Fallos: 343:1163; Competencia CSJ 1172/2020/CS1, “C., A. G. c/ C., C. J. s/ reintegro de hijo”, del 18/03/2021, Fallos: 344:325).

⁵⁵ “No corresponde extremar el rigor de los razonamientos al apreciar los recaudos que habilitarían la concesión de la tutela anticipada, cuando se encuentra en juego la subsistencia misma de una persona. En efecto, resulta una conclusión

En relación a la carga de la prueba, viabiliza que la aporte quien tiene mayor facilidad para hacerlo, en función del principio de colaboración procesal, que comprende la carga de explicitación⁵⁶.

Bien destaca Victoria Mosmann, que ante la demora en las reformas procesales, el principio de instrumentalidad de las formas ha permitido adaptar el proceso para sortear las barreras emergentes, flexibilizando las mismas para satisfacer el derecho de fondo, los requerimientos constitucionales y convencionales que rodean al proceso, y también garantizar la igualdad de personas con tutelas preferentes, aunque asegurando

evidente y hasta innecesaria que la carencia de un espacio digno donde habitar, importa, generalmente, la afectación de otras dimensiones de la existencia del ser humano, como ser su desarrollo personal, su integridad psicofísica, su salud, y —en definitiva— su dignidad. A ello se agrega que, en el caso de las personas trans, la situación de calle las hace aún más vulnerables a las prácticas de violencia institucional por parte de las fuerzas de seguridad” (CApelCAT y de relaciones de consumo de CABA, Sala I, “L., M. c. GCBA s/ Incidente de medida cautelar - Amparo - Habitacionales”, 24/10/2022, en TR LL, AR/JUR/184217/2022).

⁵⁶ Particular gravitancia puede observarse en situaciones de discriminación, en ese sentido en un caso donde se había invocado que la persona no había sido contratada por su patología de HIV. “No hay duda que no cabe otra conclusión que en su silencio previo y durante el proceso la demandada conocía que aquí se encontraba en juego la discusión sobre la existencia de un acto discriminatorio, enmarcado en la ley 23.592, y bajo el lineamiento expresado, a través de los fundamentos de la contestación de la acción entablada en su contra y de la prueba ofrecida no cumplió con el referido deber de colaboración del citado (art. 163 inc. 5 CPCCN) ni tampoco acreditó que la no contratación por parte de la empresa demandada no constituyó un acto discriminatorio, pues debió probar que la no concreción del contrato de trabajo se debió a razones operativas o de funcionamiento, o a alguna otra cuestión puntual, como señaló la magistrada de grado en el fallo dictado, como podría haber sido simplemente acreditar que no hubo discriminación sino que solo hubo una elección de otro candidato, prueba que era determinante para contrarrestar la fuerza otorgada a la indiciaria sobre la que apoyó su decisión de condena” (conf.: CNCiv, Sala B, “A., L. F. c. A. S. S. s/ daños y perjuicios”, 03/06/2022, en TR LL, AR/JUR/69655/2022). La vulnerabilidad probatoria tiene aristas conocidas en litigios referidos a la responsabilidad médica y hospitalaria, que se pueden combinar con supuestos de violencia obstétrica, donde el estado de vulnerabilidad de las víctimas y consiguiente derivaciones de deberes y responsabilidades especiales del Sistema Universal de Derechos Humanos, cuenta con especial reconocimiento de la CorteIDH (caso "Brítez Arce y otros vs. Argentina", sentencia del 16/11/2022).

a partir de la adaptabilidad (en contraposición a la absoluta libertad), el respeto de los límites que impone el debido proceso⁵⁷.

Desde el ámbito académico se ha marcado que la efectiva protección de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, requiere de un proceso regido por el principio de flexibilidad y adaptación de las formas, del método de la oralidad, la intermediación judicial, reglas especiales de competencia, activismo judicial, intervención interdisciplinaria, un fuero especializado, la simplificación de las formas, el trabajo articulado y colaborativo con otras áreas del Estado y la aplicación de principios interpretativos específicos⁵⁸.

Puede pasar que las adecuaciones se correspondan con garantías especiales o surjan del abordaje interdisciplinario⁵⁹.

Ocurre a la hora de preparar la audiencia especial de escucha del niño, pero también en los procesos de restricción a la capacidad de ejercicio y en el control de las internaciones involuntarias, en las que debe lograrse una mayor cercanía entre el órgano judicial y la persona con discapacidad y/o adicciones, tanto como medidas de accesibilidad para ejercer sus derechos. Para el cumplimiento de esos objetivos es imprescindible un sistema de colaboración

⁵⁷ MOSMANN, María V.: Actualidad del derecho procesal respecto del acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, en: RCCyC 2022 (diciembre), 40.

⁵⁸ Así se concluyó en el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado el año 2019 en la ciudad de San Juan, bajo lineamientos que siguen las directrices fijadas por el Código Civil y Comercial para los procesos de familia. Ver conclusiones de la Comisión 1, “Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria”, en:

<https://www.aadproc.org.ar//admin/files/conclusiones/3/Conclusiones%20del%20XXX%20Congreso%20Nacional%20de%20Derecho%20Procesal.pdf>

⁵⁹ PAULETTI, Ana C.: “Derecho del niño a ser oído, a la audiencia y sus derivaciones”, en: RDF 2020-III, 243; misma autora en: “Procesos de Familia en clave de efectividad”, *Tratado de Derecho de Familia, Actualización doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2023, Tomo VI-B.

interdisciplinar con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen los ajustes razonables y apoyos idóneos en cada caso, y eso se logra a partir de un proceso flexible⁶⁰.

En la concreción de la modulación del proceso, el principio de efectividad de la tutela especial, debe conjugarse con los de razonabilidad y proporcionalidad, propios de cualquier medida de excepción⁶¹.

Desde ese punto de vista, no todos los ajustes posibles podrían ser razonables en un caso concreto, mientras que, en ausencia de prescripción legal, la judicatura debería seleccionar las estrategias de modulación atendiendo los principios aludidos, justificando argumentalmente la decisión.

c. Instancia de verificación de la vulnerabilidad

El Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes reguló en su art. 48 la “acreditación de la condición de vulnerabilidad”.

Indica la norma que la condición de vulnerabilidad debe ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobreviniente,

⁶⁰ PAGÉS LLOVERAS, Roberto M.: “Procesos y vulnerabilidad en relación con las personas con discapacidad”, en: RCCyC 2022 (febrero), 37.

⁶¹ En un juicio de desalojo, se tuvo presente para la ejecución, que en la vivienda habitaban la demandada, sus hijos -uno de ellos con discapacidad- y su nieta menor de edad. La Cámara de Apelaciones contempló que el caso estaba alcanzado por normativa convencional, constitucional e infraconstitucional, y destacó que la demandada fue debidamente asistida durante todo el pleito por la Sra. Defensora General y que sus hijos menores de edad contaron también con la tutela de la Sra. Asesora de Menores, e intervino además en el caso el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia local. Vió así que habían funcionado adecuadamente todos los mecanismos tendientes a abordar la situación de vulnerabilidad en que se encontraban la demandada como sus hijos y nieta, en cumplimiento de los estándares de debida diligencia que los Estados Nacionales deben observar en la materia. Concluyeron por tales circunstancias que no existía argumento legal para desestimar la pretensión de desalojo, aunque recomendó la celebración de una audiencia tendiente a acordar los plazos y modalidades del desalojo dispuesto, el cual, al concretarse, debía contar con la intervención de la Sra. Asesora de Menores, al Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia y a la Comisión Asesora Municipal de Discapacidad (conf.: CCCL Sala II, Rafaela, Santa Fe, “Valenzuela, Nicolás Jorge Carlos vs. Romero, Sandra Elisabeth s. Desalojo”, 30/10/2023, en Rubinzal Online, RC J 5503/23).

hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior. También pone en cabeza de la parte contraria la denuncia de la situación si la conoce o debiera conocerla, y sobre el juez la obligación de verificarla, si advierte indicios al respecto.

Si el beneficiario solicita la tutela especial tendrá a cargo probar la condición de vulnerabilidad, y si bien no se especifica quién debe hacerlo si la expone la otra parte o hubo una advertencia judicial, puede extraerse del análisis de conjunto de la normativa correntina, que en todos los casos debe haber una actividad probatoria oficiosa de determinación, y el estándar de prueba aplicable es el de la simple verosimilitud.

No se prevé ningún tipo de sustanciación, y una vez verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso queda regido por las normas del capítulo destinado a procesos con sujetos vulnerables, pero el beneficio puede removerse, ante el cese de aquella. Podría interpretarse que ese sería el conducto con el que cuenta la contraparte si pretende cuestionar la ausencia de presupuestos para el beneficio o la modificación de los mismos.

El art. 95 del Anteproyecto de CPFCyCBA establece que la parte interesada debe acreditar en grado de probabilidad que la situación en que se encuentra (como la edad, la discapacidad, la privación de la libertad, etc) le genera especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, colocándola en situación de desventaja procesal.

El planteo tiene que fundarse en demanda o la contestación, y se resuelve previo aviso a la otra parte, siendo apelable la decisión que recaiga. La regulación admite el planteo posterior si la situación fue sobreviniente, y también ante un cambio de circunstancias, que sea dejada sin efecto.

Se ocupa en particular Ornella Piccinelli de analizar la factibilidad de una instancia de certificación para probar la desigualdad y tornar operativas

las modulaciones previstas en el ordenamiento, marcando del método, ventajas en términos de previsibilidad y vinculatoriedad para juezas y jueces, a partir de una amplia gama de medidas que reducen la discrecionalidad⁶².

Expone en cambio como reparo, que si las prácticas son poco cooperativas, la discusión incidental puede resultar revictimizante para quien con sus posibilidades menguadas, se ve impuesta de la carga de alegar y probar.

Concluye por esa razón la autora citada que, a riesgo de resignar previsibilidad, la mejor opción para esa persona, sería que el legislador contemple un dispositivo general que estimule el deber de los jueces y juezas de adoptar cualquier momento del trámite -de oficio o a pedido de parte- ajustes de procedimiento que tiendan a preservar o alcanzar la igualdad real de conformidad con el imperativo constitucional que surge del art. 75 inc.23 CN y estándares de derechos humanos, siempre con resguardo a las garantías del contradictorio.

Coincido con esa lectura.

Pienso además, que esa posibilidad de introducir algún cambio en el procedimiento en clave de protección, podría enlazarse con la moderna tendencia que aconseja evitar el factor sorpresa en resguardo a la defensa en juicio. Desde ese ángulo, develada la exigencia de nivelación, la contraparte debería ser escuchada antes de activar los mecanismos equilibradores, tal como lo prescribe, con carácter general el art.10 CPC de Brasil del año 2015⁶³.

⁶² PICCINELLI, Ornella C.: “Innovación frente a la desigualdad. Reglas procesales de equilibrio”, RDP-2023-2, Gestión e innovación en el proceso II, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 303 y sgtes.

⁶³ La decisión que recaiga, será de tipo ordenatoria, y por ende inapelable. De ser receptada legislativamente una previsión de esa índole, la cuestión debería agotarse en una audiencia, y podría acompañarse asignando el efecto diferido -al tiempo de la sentencia definitiva- para el recurso de apelación que resulte procedente contra la decisión.

7. Comentarios de cierre

El afán por nivelar las reglas del proceso judicial para igualar las posibilidades defensivas de quien por su condición de vulnerabilidad extraprocésal, traslada sus desventajas al juicio, ocupa un lugar central para la doctrina y la jurisprudencia. También para quienes, abocados a la tarea legislativa, intentan dotar de mayor efectividad y previsibilidad, a una actuación que debe ser diferenciada.

Expone una cultura jurídica imbuida de los principios de solidaridad, pro homine, igualdad y no discriminación en los que se sustenta el paradigma protectorio.

Se compadece con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en 2015 por los Estados Miembros de Naciones Unidas, donde se trazó un nuevo camino con el que mejorar la vida de todas las personas, sin dejar a nadie atrás⁶⁴.

Precisamente, el objetivo 10, se refiere a “reducción de las desigualdades”, y en su meta 10.3, habla de “garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”. El objetivo 16, está referido a “promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”, y su meta 16.3, postula el “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”.

En tiempos de la Inteligencia Artificial, el derecho reclama así de la magistratura un “humanismo efectivo”, compuesto de empatía, cognición y acción para concretar esas adecuaciones procesales, con razonabilidad,

⁶⁴

Ver: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

proporcionalidad, transparencia, argumentación justificativa y resguardo del debido proceso.

La coyuntura política argentina en el inicio del año 2024 no altera las ideas abordadas, pues, más allá del respaldo constitucional y convencional, no son ajenas a las democracias liberales.

Precisamente, desde el liberalismo, se ha marcado entre los defectos de la doctrina neoliberal, el que haya llevado al extremo que todos los aspectos de la acción estatal y la solidaridad social debían ser denigrados; y que es absurdo pensar en este momento de la historia que podamos cambiar el rumbo y, de algún modo, retroceder al individualismo moderno, desandando los últimos mil años de historia. La igualdad y la solidaridad son valores necesarios en una sociedad liberal moderna⁶⁵.

Cierto es que muchas de las aristas analizadas merecen seguir siendo pensadas, para encontrar los límites y permitir el control, tanto como el autocontrol y la moderación de la judicatura en el ejercicio de la nivelación.

Aún así, la premisa aceptada según la cual, no puede tratarse como igual en el proceso judicial, a quien por una desigualdad estructural litiga en desventaja, indica la evolución del derecho procesal de nuestro tiempo y sus implicancias éticas, justificativo suficiente para afrontar el gran desafío que esto depara para todos los operadores del sistema de justicia.

⁶⁵ FUKUYAMA, Francis: *El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales*, Editorial Ariel, 2022, págs.60/61, 161, 166.

CUARTA SECCIÓN

Vulnerabilidad y condición humana

Martha Finemann

Quisiera hablarles sobre la vulnerabilidad tal como la hemos estado desarrollando en la Iniciativa de Vulnerabilidad y Condición Humana en la Universidad de Emory durante los últimos 15 años aproximadamente.

Concebimos la teoría de la vulnerabilidad (o la metodología de la vulnerabilidad) como una alternativa tanto al contrato social como al paradigma basado en los derechos para pensar la responsabilidad del Estado.

Hay algunas características clave que quisiera mencionar hoy:

La teoría de la universalidad de la vulnerabilidad comienza por razonar desde la corporeidad del ser humano, no a partir de la idea de un hombre racional o valorando la libertad o la autonomía.

En consecuencia, la vulnerabilidad se entiende como universal y constante, derivada de la materialidad del cuerpo e inherente a la condición humana.

Este punto de partida distingue el análisis de vulnerabilidad de los enfoques que se centran en grupos particulares, o en la debilidad o desventaja de estos grupos o personas.

También lo separa de aquellos enfoques que analizan diferentes etapas de la vida, como la edad adulta versus la niñez.

Pero la vulnerabilidad es solo el lugar donde comenzamos, un punto de partida.

Hay dos puntos de referencia importantes en un enfoque de vulnerabilidad: en primer lugar, somos seres encarnados y este punto fundamental se enfoca - comenzando con el cuerpo - describiendo lo que significa ser humano.

En segundo lugar, debido a que estamos encarnados, estamos inevitablemente integrados en y dependiendo de las instituciones y relaciones sociales a lo largo de nuestras vidas: esta es la perspectiva institucional es el enfoque principal de la teoría de la vulnerabilidad.

En tanto que seres humanos no somos de manera uniforme o confiable seres racionales, sin embargo, a lo largo del curso de la vida somos consistentemente vulnerables y, por necesidad, dependemos de otros o dependemos de las instituciones sociales para la resiliencia que necesitamos para enfrentar los desafíos que la vulnerabilidad presenta de manera regular en nuestra existencia.

--Por estar enraizada en las realidades y limitaciones del cuerpo, la atención a la vulnerabilidad fomenta una comprensión amplia y compleja de la posición del individuo dentro de la sociedad.

--- En consecuencia, un enfoque de vulnerabilidad descentra y desbarata la concepción irrealista del individuo, que anteriormente ha sido central en el pensamiento legal y político.

La vulnerabilidad obliga entonces a repensar la naturaleza y vigencia de conceptos como autonomía, independencia, agencia e incluso igualdad, que históricamente han dominado el ordenamiento jurídico, particularmente bajo la forma de Sujeto Jurídico Liberal.

La vulnerabilidad también revela el papel de la ley como central para la reproducción de la sociedad, como base para argumentos orientados éticamente que justifican un estado activo y receptivo

La vulnerabilidad humana y sus implicaciones también resaltan la necesidad de una autoridad de gobierno y reglas aplicables

Normas que pueden regular las instituciones sociales, como la familia, el lugar de trabajo y los sistemas educativo, sanitario y financiero en los que vivimos nuestra vida cotidiana.

Reglas que también rigen las relaciones de individuo a individuo que median nuestras interacciones mundanas entre nosotros dentro de esas instituciones (padre/hijo; empleador/empleado; médico/paciente, etc.)

Es necesaria alguna forma de autoridad de gobierno legítima si estas reglas se van a basar en algo más que el ejercicio del poder puro.

Hay opciones para estas fuentes de autoridad -- el mercado es una, la religión otra -- corporaciones multinacionales, compañías de seguros pero la vulnerabilidad defiende que el estado democrático está en una posición única para facilitar la construcción de una sociedad justa e inclusiva.

De hecho, un estado justo debe responder a las implicaciones de la vulnerabilidad.

Encontrará tanto su mandato como su legitimidad asegurando las estructuras e instituciones que brindan la resiliencia o los recursos que las personas necesitan para mitigar y responder a nuestra vulnerabilidad universal.

al participar en la creación y regulación de tales instituciones, el estado puede asociarse con agencias sociales o grupos dentro de la sociedad civil,

pero la responsabilidad por el funcionamiento justo e inclusivo de esas instituciones sigue siendo del Estado

En un mundo que reconoce la vulnerabilidad, no se puede dividir el mundo en esferas públicas y privadas; en el mejor de los casos, solo existen arreglos cuasi-privado en un mundo que reconoce la vulnerabilidad tenemos la oportunidad de crear un estado justo y de respuesta que fomente la justicia social.

Espero que hayan podido encontrar de interés estos comentarios.

Si desean obtener más información sobre el concepto de vulnerabilidad, su teoría o si desea nser incluido en nuestra lista de correo electrónico de Vulnerabilidad y condición humana: tenemos muchos eventos durante todo el año, talleres virtuales, etc., y también oportunidades para visitantes académicos.

Experiencias internacionales comparadas. De la vulnerabilidad al cuidado

Claudia Patricia Sanabria Moudelle¹

Para empezar, quiero agradecer muy especialmente al Dr. Rodolfo Vigo, a la Dra. Maria Gattinoni, y a mi querida maestra y amiga, la Dra. Úrsula Bassett, no solo por invitarme, sino por haber pensado en esta temática de tanta relevancia y actualidad.

La presentación que haré a continuación tiene como objetivo comprender las vulnerabilidades a partir de las visitas de monitoreo que realizamos a espacios de encierro, de afectación a la libertad, desde el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de Paraguay (MNP). El MNP ha sido creado por Ley N°4288/2011² en cumplimiento a la Convención de las Naciones Unidas para la prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de su Protocolo Facultativo. Es un órgano autárquico e independiente a los tres poderes del Estado.

Las visitas incluyen distintos ámbitos: penitenciarias, centros educativos para adolescentes en conflicto con la ley penal, hogares de niños en cuidados alternativos, hogares de adultos mayores, centros de tratamiento para personas en situación de consumo problemático y

¹ Profesora de Derecho Civil, Derecho de la Niñez y la Adolescencia y Metodología de la Investigación, Universidad Iberoamericana. Doctora en Ciencias Jurídicas. Comisionada Nacional del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. sanabriamoudelle@hotmail.com

² Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura www.mnp.gov.py

otros, teniendo todos ellos como componente transversal, el de las vulnerabilidades. En estos espacios de encierro se observan todas las debilidades y desafíos del Sistema Nacional de Protección³.

Se pretende que este espacio de experiencias comparadas nos proporcione una lectura sobre la aplicación normativa en los países, los mecanismos para la prevención de las vulneraciones y las respuestas que están siendo efectivas.

En general, es posible afirmar que los países latinoamericanos se tiene una tradición jurídica que poco a poco se ha ido abriendo a la adopción del control de convencionalidad como regla, y, a través de ello, al cumplimiento de los estándares de derechos humanos. Sin embargo, es una nueva cultura jurídica que está en etapa de afianzamiento y por tanto se requiere promoverla y acompañarla.

En Paraguay, se cuenta con un marco jurídico amplio, que se confronta con la realidad que sigue implementando procesos apartados del mismo y que poco articula las respuestas entorno a la persona. Durante la primera tarde de estas jornadas, precisamente el día de ayer, la Dra. Basset, dejaba instalada una mirada necesaria: *“somos todos susceptibles de ser golpeados”*, es decir, que la vulnerabilidad está implícita en la condición humana, y, por tanto, nos permite afirmar que los sistemas de protección deben estar preparados para dar respuesta a las mismas y el derecho debe acompañar con la aplicación de la norma

³ Se entiende por “Sistema Nacional de Protección” el conjunto de normas jurídicas, instituciones, mecanismos y políticas públicas que articuladas y coordinadas deben brindar las condiciones para el ejercicio de los derechos humanos y respuesta cuando se encuentran vulnerados.

desde una perspectiva multidimensional. Toda persona, a lo largo del curso de vida, necesitará protección.

El derecho cuando se operativiza, y se aplica al caso concreto, debe necesariamente mirar las condiciones de la persona que es sujeto de la protección del Estado. Se debe tener en cuenta el contexto y analizar las posibilidades que hay en el entorno para resolver la situación.

Para graficar lo descrito más arriba, es posible citar uno de los ámbitos de intervención del Mecanismo, el de adultos mayores. Al visitar hogares de adultos mayores, se ve con meridiana claridad, el rol del derecho y de la aplicación de la justicia, para corregir situaciones de vulnerabilidad. Es el caso de personas con demencia cuyo internamiento se dispone porque la misma se encontraba coyunturalmente en situación de calle. La medida judicial de internación no debería ser la respuesta inmediata a una situación de vulnerabilidad que tiene aristas multidimensionales, sino más bien debería activarse el sistema de protección social, verificando previamente las condiciones sociales de la persona, para luego brindar apoyo a través de programas sociales (apoyo familiar, salud integral, atención ambulatoria, seguimiento).

Como mencionaba la Dra. Basset “el juez hace que el caso tenga rostro”, y ello es así porque es el juez es quien dirige el proceso. Ahora bien, para dirigir el proceso puede aplicar la norma de manera rígida y fría, o aplicarla integrando el derecho centrado en la persona, desde una mirada sistémica: conociendo los roles y funciones de los distintos actores y movilizándolos desde un ejercicio proactivo del derecho,

impulsando el cumplimiento de las políticas públicas, coadyuvando el trabajo de los mecanismos de protección.

Viene a colación, la intervención que hacía ayer el Dr. Olivera Zapiola, que se preguntaba: ¿Es suficiente el derecho para responder a la problemática actual?, dando pie a pensar en la multidimensionalidad de las problemáticas que se presentan y, de la necesidad de articular las acciones entorno al encuentro con otras disciplinas, y de la aplicación integrada e integral del derecho con otras ciencias.

Precisamente, como se decía antes, el abordaje de las situaciones de vulnerabilidades requiere de esta amplitud en la mirada conforme a la instalación y fortalecimiento de un sistema de protección de derechos humanos en cual las instituciones se articulen y complementen para dar respuesta a la persona. A continuación, se presenta esta idea en una ilustración que pretende explicarla.

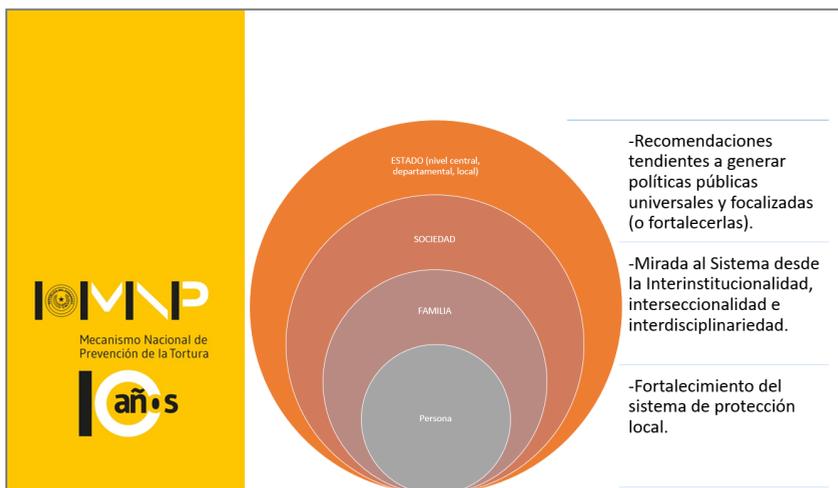


Ilustración 1. Sistema de protección. Adaptada de la Teoría de Urie Bronfenbrenner (1979) según la cual existe una ecología entorno a la persona que comprende los distintos niveles que interactúan con ella.

No cabe dudas de la necesidad de que los distintos órganos del Estado, en sus distintos niveles, se articulen formando un verdadero “sistema” como muestra la ilustración que antecede. La Teoría Ecológica impulsada por Urie Bronfenbrenner nos aporta una mirada sistémica hacia la persona donde se deben tener en cuenta todas sus dimensiones (psicológica, social, cognitiva) y, además, por analogía permite pensar en los distintos componentes del sistema desde esta misma perspectiva.

La desarticulación en la respuesta puede verse cuando cada órgano actúa siguiendo la normativa interna que emana de la institución a la cual pertenece, sin encontrar los puntos de conexión con las demás normativas del sistema, de la ecología que conforma, y ello deviene en una respuesta parcial. Es el caso del Poder Judicial con sus acordadas, del Ministerio Público con sus resoluciones o de cualquiera de los entes rectores de las políticas públicas con sus disposiciones sectoriales. Todas ellas, desde una perspectiva ecológica deben encontrarse y articularse dado que responden a un mismo marco jurídico que en suma busca la garantía de los derechos de la persona.

Otro factor que incide en la consolidación de los sistemas de protección, y, por tanto, de la respuesta efectiva hacia las vulnerabilidades es, la desconfianza mutua entre los distintos actores. Es decir, al revés, un sistema de protección fortalecido, cuenta con actores que ejercen sus funciones y que confían en las actuaciones de los demás actores.

Una situación concreta que puede ser citada, es la desconfianza del ámbito judicial hacia los informes médicos, o al menos, el valor que se les da. En no pocos casos, aun habiendo un diagnóstico realizado en el

sistema de salud pública, el ámbito jurídico vuelve a pedir intervenciones forenses o que se conformen juntas médicas para un segundo parecer. En un sistema que confía en el sistema, en muchos casos, atendiendo a la gravedad de la patología o la necesidad del caso particular, no debería prolongarse la respuesta.

Cuando las políticas están ausentes, hay una herida también. La necesidad de fortalecer el sistema de protección desde la intersectorialidad, interseccionalidad, la articulación debe ser el punto de partida para hablar de garantía de derechos en general, y, en particular ante las vulneraciones. Se requiere para ello fortalecer las respuestas desde el territorio local, descentralizar, dotar de capacidad a los mecanismos locales. En Latinoamérica en general, las instituciones siguen funcionando de manera centralizada, Paraguay no es la excepción y esta condición aumenta las vulnerabilidades.

Esta reflexión nos lleva a un análisis que es necesario hacer incluso desde la academia, a plantearnos preguntas sobre la educación superior y su enfoque. ¿Cómo se plantea actualmente la formación en las carreras de derecho? ¿Siguen siendo espacios donde el conocimiento de la disciplina de manera aislada es la regla?, o, por el contrario, las facultades de derecho actualmente buscan articular las disciplinas y brindar al alumno una perspectiva transdisciplinaria donde el derecho se aplica siempre con el apoyo de otras disciplinas para hacer efectivo el derecho de la persona. Contestar a esta pregunta nos permite realizar los ajustes necesarios también en la instancia académica, dado que, el sistema jurídico no podrá tener una perspectiva distinta de aquellos que la conforman y ahí hay un desafío para la educación superior.

Por otro lado, situando el análisis en el ámbito penal adolescente, si miramos las coyunturas, hace diez años, ya contando con la Ley 57/90 que aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, seguíamos viendo que la respuesta desde la justicia era más cercana al encierro. Actualmente, se avanzó hacia una mejora teniendo como primera opción la medida socioeducativa, actuando los órganos del sistema de protección de manera más acorde a la protección integral.

En los centros educativos, queda una brecha para lograr que sean realmente modelos de reinserción y protección. No en pocas ocasiones, los centros replican la lógica penitenciaria, y, los educadores implementan sanciones, reprimen y carecen de pautas educativas positivas y edificantes para lograr el desarrollo integral a la persona adolescente.

En el ámbito de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en hogares que brindan cuidados alternativos, se releva la ausencia de articulación en la respuesta de parte de los distintos actores del sistema de protección.

Esta condición aumenta la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentra el niño, niña y adolescente, y su derecho a vivir en familia. El promedio de años de institucionalización hoy en hogares de abrigo, es de unos 6 a 8 años, siendo las causas principales la ausencia de programas de apoyo a las familias desde las políticas públicas, la escasa articulación entre el ámbito judicial y el social, la carencia de programas de acogimiento familiar y de equipos auxiliares de justicia, como así también la debilidad del ente rector en materia de infancia, que, por ley tiene la competencia de intervenir en los procesos.

En el ámbito penitenciario las vulnerabilidades son múltiples, teniendo como una de las principales causas el abuso de la prisión preventiva y la criminalización de la pobreza. En el país existe una larga crisis del sistema penitenciario, estando la mayoría de las penitenciarías en condiciones de hacinamiento. De entre las personas que están en el sistema penitenciario, 70% se encuentran en situación de prevenidos y solo 30% cuentan con una condena.

Existen distintas vulnerabilidades en este ámbito, el acceso a la justicia, el hacinamiento, se suman a las condiciones de vida: habitabilidad, alimentación y salud. La salud es un factor determinante de la calidad de vida dentro de las penitenciarías, en muchos casos, su desatención, se convierte en una sentencia anticipada debido a la capacidad de resolución que existe dentro del sistema penal y de la ausencia de una articulación eficiente con el sistema de salud.

Se dice sentencia anticipada porque a pesar de que el Código Penal Procesal Penal establece claramente aquellos requisitos por los cuales el juez puede otorgar medidas alternativas, cuando existen enfermedades crónicas, en la práctica el operador de justicia, en lugar de actuar de manera garantista, actúa de manera defensiva, a favor del sistema penal y no otorga salidas procesales pese a la gravedad de las situaciones. Ello quiere decir que, antepone el criterio de no otorgar medidas alternativas antes que la condición de la persona.

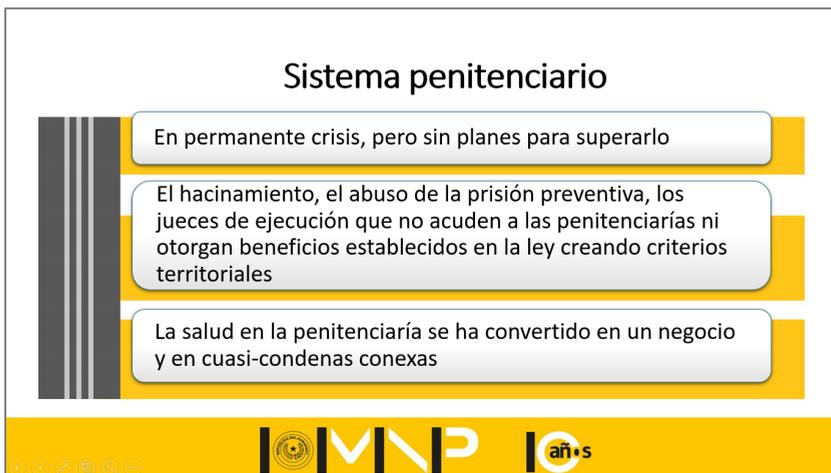


Ilustración 2. Presentación del Informe de Gestión del MNP, 2023. Elaborado por la Comisión Nacional.

La autoridad estatal se encuentra en crisis en las penitenciarías. La corrupción, es un motivo de constantes recomendaciones por parte del MNP. Esta situación genera situaciones que propician el crimen organizado. Las personas privadas de libertad al verse obligadas a sobrevivir en prisión, en condiciones inhumanas, buscan protección en los grupos. Entonces, si ingresa una persona por un delito menor, se facilita que se sume a los grupos organizados.

El sistema penitenciario de mujeres también presenta vulnerabilidades entre ellas que aun dependen de los presupuestos para las cárceles de varones, es decir no tienen garantizados sus derechos por sí mismas. También se presentan inequidades en la propia legislación, como es el caso de la ley que reprime el tráfico. En la actualidad la condena por microtráfico es alta y afecta mayoritariamente a mujeres que caen en las redes de tráfico, quedando muchas veces impune los responsables de estas redes.

Se afecta no solo a una mujer que a la vez es víctima de un esquema, sino que en un país donde 30% de mujeres cabeza de familia, se afecta el tejido social, el cuidado y la propia respuesta real al delito. Por ello, esta problemática requiere de una revisión de la legislación que permita contemplar a las personas más vulneradas.

Las mujeres que son madres y se encuentran privadas de libertad, no pasaron por un proceso de protección. Sus hijos no están en un proceso de protección. Las fuerzas públicas, la justicia, ingresa a sus casas, y lleva a las mujeres sin mediar muchas veces una intervención con los niños, niñas y adolescentes, quienes no saben por qué. Se genera una condición de vulnerabilidad: Niños, niñas y adolescentes solos.

Por otro lado, un precedente positivo ha sido la intervención del MNP ante un hecho de violencia sexual ocurrido contra una mujer privada de libertad por parte de un agente penitenciario. Al tomar intervención, se realizó la denuncia, así como las medidas de protección.

En cuanto a las personas en situación de consumo problemático de sustancias, se realizan visitas de monitoreo a centros de desintoxicación y tratamiento donde el paradigma sigue siendo la medicalización, la inhabilitación y el encierro. Se realizan recomendaciones y mesas de trabajo con los distintos actores para avanzar hacia la aplicación de los estándares. Puede decirse que este es uno de los ámbitos más rezagado en materia de políticas públicas mientras que, la demanda de atención se ha disparado en los últimos años.

El MNP produce investigaciones con el objetivo de la mejora continua en el trabajo del monitoreo y prevención de la tortura basado en evidencia, la producción de datos y la incidencia en los ámbitos: social, jurídico y político. Es posible acceder siguiendo el enlace: www.mnp.gov.py

Para finalizar, quiero compartir algunas reflexiones:

- Los mecanismos nacionales de prevención contribuyen a la consolidación de los sistemas nacionales de protección de derechos humanos, y por ello, consolidan la respuesta a las vulnerabilidades.
- El derecho preventivo: reconocer las vulnerabilidades para generar respuestas desde las políticas públicas integrales e integradas. Se requiere una mirada universal y holística de las vulnerabilidades.
- Se requiere una transformación en la práctica e interpretación del derecho: de la lectura textual y aplicación rígida de las normas a la integración del marco jurídico entorno al derecho de la persona.

Agradezco nuevamente esta oportunidad de encontrarnos para reflexionar entorno a los derechos humanos y compartir la experiencia del MNP de Paraguay. Buenas noches.

Acceso a justicia para todos: un desafío global

Nora C. Luzi.¹

“...el acceso a justicia y el estado de derecho están en el centro de nuestro trabajo sobre la erradicación de la pobreza y el desarrollo humano.”

Hellen Clark²

I. INTRODUCCION: Sociedades pacíficas, justas e inclusivas.³

La adopción de la Agenda Global del Desarrollo (Agenda 2030) en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas en 2015 refleja el reconocimiento de los estados parte sobre la importancia del estado de derecho y el acceso a justicia para lograr un desarrollo sostenible al incluir expresamente en uno de sus objetivos las metas de estado de derecho y el acceso a justicia para todas las personas.

En efecto, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁴ fueron adoptados por más de 150 Jefes de Estado y Jefes de Gobierno que representan a países en vías de desarrollo y desarrollados en un claro reconocimiento de que todos los gobiernos poseen desafíos al interior

¹ Abogada, especialista en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata. Magister en Estudios Legales Internacionales. LLM. Washington College of Law. American University. Coordinadora de Gobernabilidad Democrática. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Las opiniones aquí vertidas son personales y no representan al PNUD, a su Junta Ejecutiva ni a sus Estados Miembro

² Helen Clark, ex Administradora del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Discurso en la Escuela de Derecho de la Universidad de Auckland, 1 de abril 2014. (traducción propia)

³ Este trabajo es la base de mi presentación en el panel: “Vulnerabilidad, Justicia y Derecho. Nuevos desafíos”. En las XVI Jornadas de Derecho Judicial de la Universidad Austral. Buenos Aires, 15 de agosto de 2023

⁴ Desarrollo sostenible es la articulación virtuosa entre crecimiento económico, inclusión social y sostenibilidad ambiental. Para mayor información sobre datos e información en Argentina al adoptarse la Agenda 2030 se sugiere consultar: *Información para el Desarrollo Sostenible: Argentina y la Agenda 2030. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2017*. PNUD Argentina.

de sus países en términos de equidad y de desarrollo humano sostenible.

La Agenda 2030 posee cinco dimensiones, a saber: las personas, la prosperidad, el planeta, la paz y la construcción de alianzas para la implementación de 17 ODS y 169 metas globales con indicadores asociados ya que “debemos medir lo que valoramos.”

El principio rector de la Agenda es: “no dejar a nadie atrás” principio que obliga a redoblar los esfuerzos para disminuir las desigualdades y promover los beneficios de la prosperidad especialmente a los grupos de personas en situación de vulnerabilidad.

Específicamente, el ODS 16 aspira a: “Promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, receptivas e inclusivas a todos los niveles”

Las siguientes cifras contribuyen a dimensionar los desafíos globales en la materia:

- Al menos 253 millones de personas viven en extremas condiciones de injusticia: 40 millones de personas están en situación de esclavitud, 12 millones son apátridas y más de 200 millones viven en países o comunidades con altísimos niveles de inseguridad que les hace imposible demandar justicia.

- 1500 millones de personas no pueden resolver sus problemas de justicia: aquí se incluyen las personas víctimas de crimen y violencia, personas que no han tenido solución a sus disputas en sede judicial o administrativa en materia de tierras y servicios públicos.

- 4.500 millones de personas son excluidas de las oportunidades que la ley prevé. En efecto, más de 1000 millones de personas carecen de identidad legal, más de 2000 millones están empleadas en el sector informal de la economía y la misma cantidad de personas carecen de prueba sobre la posesión de tierra y vivienda. Esto coloca a las personas en situación de vulnerabilidad, facilitando su explotación y abuso y disminuye su capacidad de acceso a servicios públicos y oportunidades económicas.

- En total, 5100 millones de personas -dos tercios de la población mundial- carece de acceso significativo a justicia. Si bien personas de todos los países están alcanzadas por esta situación, la carga de injusticia no está distribuida azarosamente.

- Estas cifras demuestran que – a pesar de los valiosos esfuerzos de reforma y modernización institucional realizados por los estados en

el sector justicia – los beneficios de dichas reformas no alcanzan aun a quienes más lo necesitan.⁵

Ahora bien, entender la vinculación entre estado de derecho, acceso a justicia y personas en situación de vulnerabilidad económica y social es clave al momento de analizar los avances de la Agenda 2030 y ello debe hacerse considerando cada contexto nacional.

II. JUSTICIA Y DESARROLLO SOSTENIBLE: Acceso a justicia para todos, una meta en la Agenda 2030.

La Agenda 2030 y sus ODS si bien son de carácter voluntario, se basan en principios y obligaciones de la Carta de Naciones Unidas y en Acuerdos Internacionales de Derechos Humanos, en las Convenciones contra la Corrupción, el Crimen Organizado, la Convención de derechos de las Mujeres, la Convención sobre Cambio Climático, entre otros.

La Agenda prevé la adaptación nacional y la medición de los avances para lo cual en 2015 el Grupo Interagencial de Expertos (ODS) con el apoyo de la Comisión de Estadísticas de las Naciones Unidas elaboro una propuesta de Indicadores Globales para cada ODS y lanzó la red denominada Carta Internacional de Datos Abiertos definidos como los: “datos digitales que son puestos a disposición con las características técnicas y jurídicas necesarias para que puedan ser usados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar.”

En marzo del 2020 la Asamblea General de las Naciones Unidas incorporo un indicador adicional para la medición de la meta de acceso a justicia- ODS16.3.3- definido como: “Proporción de la población que se ha visto implicada en alguna controversia en los dos últimos años y ha accedido a algún mecanismo oficial u oficioso de solución de controversias, desglosada por tipo de mecanismo”

La inclusión del indicador 16.3.3 ha sido valiosa ya que permite vincular acceso a justicia y desarrollo sostenible y medir el acceso a justicia con un alcance mayor que el previsto inicialmente en la Agenda 2030.⁶

⁵ Justicia para todos, 2019. Informe Grupo de trabajo por la Justicia. Pathfinders SDG16. Agenda 2030

⁶ En efecto, los dos indicadores incluidos al momento de la adopción de

Si tenemos presente que el desarrollo sostenible es la articulación virtuosa entre crecimiento económico, inclusión social y sostenibilidad ambiental, la dimensión de acceso a justicia es el hilo que enhebra toda la Agenda y, en el caso del nuevo indicador, permite abocarnos a identificación y modo de resolución de los problemas más frecuentes en la vida de las personas ya que incluyen temas de naturaleza civil, administrativa, comercial, tributaria, etc.

En esta instancia vale recordar que ya en 2004 el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo conceptualizó a acceso a justicia como: ".la habilidad de las personas en situación de vulnerabilidad, para prevenir y superar la pobreza, mediante la utilización de los sistemas de justicia formales e informales, a fin de obtener la protección efectiva de sus derechos."

Esta concepción del acceso a justicia, entendida como derecho humano hace especial énfasis en su carácter instrumental para la lucha contra la pobreza, destacándose a la vez la necesidad de concentrar los esfuerzos en lograr el empoderamiento de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica.

III. ACCESO A JUSTICIA Y DESIGUALDAD: la primer experiencia de testeo del indicador global de acceso a justicia civil en el marco de una encuesta nacional de pobreza multidimensional.

La dimensión de sostenibilidad de la Agenda 2030 nos desafía a analizar y diseñar políticas públicas- incluidas las de acceso a justicia- en la cual el ingreso es un aspecto de la pobreza, ciertamente importante, pero insuficiente si se desea alcanzar un desarrollo inclusivo a largo plazo.

Por ello, el estudio: "*Justicia y Desarrollo Sostenible: el testeo del indicador global de acceso a justicia en el marco de una encuesta nacional de pobreza*" que aquí se presenta tuvo como principal objetivo incluir la dimensión de acceso a justicia en una encuesta de pobreza con enfoque en desigualdades sociales, de alcance nacional.⁷ A este fin el PNUD Argentina junto al Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina diseñaron y llevaron adelante la investigación contenida en este Reporte.

la Agenda en la Asamblea de Naciones Unidas, refieren a aspectos de violencia y delitos situaciones relevantes para el acceso a justicia en temas de naturaleza penal. Ver ODS16.3.1 y ODS16.3.2

⁷ El estudio se encuentra disponible en: <https://www.undp.org/es/argentina/justicia-y-desarrollo-sostenible>

La inclusión de la dimensión de acceso a justicia en la encuesta de Desigualdades 2022 tuvo como objetivo primordial no solo el de testear el indicador de acceso a justicia civil (ODS16.3.3), sino también explorar la relación entre acceso y pobreza e indagar sobre el impacto diferencial del acceso a justicia según el contexto de vida de las personas relevando condiciones sociales- individuales y comunitarias-, identificando barreras de

acceso y experiencias personales derivadas del proceso de someter una controversia a un sistema formal o informal de resolución de disputas.

El estudio es innovador en Argentina por varias razones: (i) constituye el primer testeo del indicador global de acceso a justicia civil, (ii) analiza el acceso según las variables previstas en dicho indicador y cruza los datos con los de la Encuesta de Desigualdades 2022 del Observatorio de la Deuda Social brindando información según condiciones de desigualdad – datos socio-económicos -y; (iii) va más allá del indicador al indagar por ejemplo, sobre aspectos de reconocimiento de la naturaleza legal de los problemas que enfrentan las personas y de satisfacción con el proceso de solución de controversias elegido.

Así por ejemplo se comprobó que seis de cada diez personas de la población urbana del país accedieron en los últimos dos años a un mecanismo de solución de controversias (61,3% de las personas encuestadas), de los cuales el 75,3% optó por un mecanismo formal, el 11,6% por un mecanismo informal, donde el 13% restante no refiere el tipo de mecanismo utilizado hecho que sin dudas merece una profundización en futuras investigaciones.

Un dato interesante para continuar explorando es que un abrumador 96% de personas eligieron mecanismos formales para resolver sus problemas, situación que también habilita la hipótesis sobre las razones por las cuales las personas prefieren las instituciones formales a las informales que, en algunos contextos, suelen ser más económicas y expeditivas.

Adicionalmente los datos muestran que a mayor estrato socio-ocupacional, se obtiene un mayor acceso a justicia. Mientras que ocho de cada diez entrevistados del estrato socio-ocupacional medio profesional lograron acceder a mecanismos de solución de disputas, sólo seis de cada diez accedieron entre los entrevistados de las clases más bajas: media tradicional, trabajadora integrada y trabajadora pobre.

Los datos también permiten identificar una fragmentación entre el decil más aventajado que accede en un 77,5% y los otros tres deciles de la población, que presentan condiciones relativamente cercanas, con la

sola excepción de los deciles 5 a 7- estrato medio-bajo- que obtiene un acceso del 65,9% sensiblemente mayor al decil 8 a 9 que presenta el estrato medio alto. Una posible explicación es que estamos en presencia de personas empobrecidas últimamente, impactadas negativamente por la volatilidad económica e inflación pero que cuentan con un capital humano que les permite la capacidad de acción sea porque poseen vinculaciones institucionales, conocimiento sobre dónde y como ejercer de derechos, etc.

Finalmente destaco un aspecto de la investigación que, si bien presenta un carácter inicial y exploratorio y va más allá del indicador, resulta sumamente relevante para comprender los obstáculos que las personas en situación de vulnerabilidad social y económica enfrentan para acceder a mecanismos de solución de controversias. Ese aspecto es la capacidad legal entendida como el reconocimiento de la naturaleza legal del problema que enfrentan las personas.

Contar con evidencia empírica sobre los modos de vinculación entre las dimensiones de acceso y la de capacidad legal permitirá identificar cuáles son las mejores formas de abordar políticas eficaces de educación legal que permitan hacer realidad el adagio: “ la ley se presume conocida por todos” que resulta hoy una ficción para grandes porciones de la población.