



# Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

## DERECHO PENAL

**Punitivismo penal y Las nuevas tecnologías de la información y comunicación: acerca de la creación de nuevos tipos penales**  
Por Javier Teodoro Álvarez

## DERECHO DEL CONSUMIDOR

**El fallo Padec y la legitimación activa de las asociaciones para estar en juicios de clase**  
Por Fernando Shina

## DERECHO DE SEGUROS

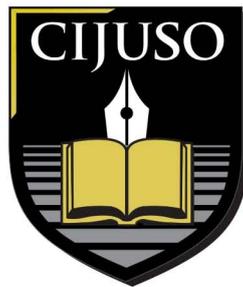
**Una propuesta para la citación en garantía y la acción directa de la víctima contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil**  
Por Jorge Omar Frega

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**La tutela procesal diferenciada de los niños: un nuevo ejemplo en el "caso Mendoza"**  
Por Eloísa B. Raya de Vera

## MEDIACIÓN

**Allende la homologación judicial del acuerdo alcanzado a través de la mediación prejudicial obligatoria bonaerense**  
Por Toribio Enrique Sosa



Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales  
[www.cijuso.org.ar](http://www.cijuso.org.ar)

LIBROS CIJUSO



# Cuadernos de Cijuso

*El Saber nos hace mejores*

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

[www.cijuso.org.ar](http://www.cijuso.org.ar)

[www.libroscijuso.org.ar](http://www.libroscijuso.org.ar)

Año I - Nº 1 - Octubre de 2014

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

### **Fundación CiJuSo**

Villanueva 908, CP 1426, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: (54-11) 4899 -1856 / 4899-1657 Fax: 4899-1656

[info@cijuso.org.ar](mailto:info@cijuso.org.ar)

# Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

**Presidente:** Dr. Gerardo Rafael SALAS (Bahía Blanca)

**Secretario:** Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

**Tesorero:** Dr. Eduardo Gabriel SREIDER (Moreno-Gral. Rodríguez)

**Prosecretario:** Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

**Protesorero:** Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

**Vocales:** Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Dr. Mateo LABORDE (Mercedes)

**Director Académico**

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

**Secretario de Investigación**

Mg. Justino BERTOTTO

**Director de Capacitación a Distancia y Publicaciones**

Dr. Jorge Oscar ROSSI

# Índice

## Derecho Penal

Punitivismo penal y Las nuevas tecnologías de la información y comunicación:  
acerca de la creación de nuevos tipos penales

Por Javier Teodoro Álvarez

Pág. 7

## Derecho del Consumidor

El fallo Padec y la legitimación activa de las asociaciones para estar en juicios  
de clase

Por Fernando Shina

Pág. 23

## Derecho de Seguros

Una propuesta para la citación en garantía y la acción directa de la víctima  
contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil

Por Jorge Omar Frega

Pág. 41

## Derecho Internacional Privado

La tutela procesal diferenciada de los niños: un nuevo ejemplo en el “caso  
**Mendoza**”

Por Eloísa B. Raya de Vera

Pág. 59

## Mediación

Allende la homologación judicial del acuerdo alcanzado a través de la mediación  
prejudicial obligatoria bonaerense.

Por Toribio Enrique Sosa

Pág. 68

## Derecho Penal

### Punitivismo penal y Las nuevas tecnologías de la información y comunicación: *acerca de la creación de nuevos tipos penales*

*\*Javier Teodoro Álvarez*

#### I.- Introducción

No es novedad que internet ha cambiado la forma de relacionarse y comunicarse, en especial en los últimos años con la irrupción de las redes sociales.

Desde antaño, los medios de comunicación han desempeñado un papel importante en la vida de las personas siendo que, con el paso del tiempo, la comunicación y el acceso a la información se ha ido facilitando. Desde el teléfono y la radiofonía, el fax, el celular hasta la comunicación satelital e internet; siempre la tecnología estuvo puesta al alcance para acceder a aquellas herramientas.

En este sentido internet se ha convertido en un fenómeno inconmensurable que se cambia y se renueva continuamente modificando conductas sociales y, en especial, las relaciones humanas en un mundo virtual sin fronteras.

Actualmente las redes sociales son las grandes protagonistas del escenario comunicacional. A través de ellas el acceso a la información es ilimitado, lo que comunica el diario de mañana ya es noticia vieja en un mundo donde se valora lo inmediato. Las redes sociales visibilizan una protesta, un acto de gobierno, una noticia internacional, convocan una marcha, *viralizan* un contenido visual o el resultado de una acción criminal. Las redes sociales plantean el acceso a la información y la comunicación desde otro lugar diferente, desde la intimidad pero a través de un conjunto de personas; estamos solos pero con miles de personas más.

Pero con las redes sociales también han aparecidos nuevas formas de cometer acciones criminales, ya sea desde la usurpación de la identidad de una persona para cometer fraudes económicos hasta el acoso u hostigamiento que el anonimato del escenario virtual facilita.

En este sentido, por ejemplo, ha aparecido el llamado “*sexting*” que refiere al envío de material sexual, ya sea fotografías o videos, a través de los mensajes de texto generando que dicho material sea visto involuntariamente por el destinatario.

En esta misma línea ha emergido el llamado “*sextorsion*” que consiste en la acción de extorsionar a otra persona a través de dar a conocer vídeos o fotografías sexuales producidas en la privacidad pero obtenidas ilegítimamente por un tercero. Parecido, pero con algunas diferencias, es el *ciberbullying* el cual supone un hostigamiento o acoso hacia un menor a través del amedrentamiento, el insulto o la humillación a través de las redes sociales.

En éste marco situacional el discurso punitivo exige que se legisle en función de no provocar nichos legales en donde no exista protección alguna, en especial, a los niños, niñas y adolescentes quienes, habitualmente, son los más vulnerables a este tipo de prácticas.

En el presente trabajo nos proponemos a analizar la intervención del derecho penal en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación -*en adelante TICs*- haciendo especial atención en la creación de nuevos tipos penales inexistentes hasta el momento que enfrentan a repensar las formas de aquella intervención. Para ello nos referiremos, en especial, al delito identificado con el anglicismo “*grooming*” incorporado en varias legislaciones y, recientemente, en nuestro código penal.

## II.- Punitivismo penal e Internet

Desde la popularización de internet se produjeron varios intentos para controlar su contenido, en particular se alegaba el riesgo al que eran expuestos los menores de edad a un mundo nuevo en donde parecía que nada podía controlarse.

En este sentido, destacamos que en Estados Unidos en 1995 el Congreso aprobó la “*Communications Decency Acts*” (ley de decencia de comunicaciones) mediante la cual se creaba uno de los primeros delitos del mundo cibernético. De esta manera, se penaba con multa de U\$ 250, 000.- o pena de prisión de dos años a quien exhibiera en internet materiales considerados indecentes, libidinosos, lascivos o repugnantes.

Sin embargo su vigencia fue de muy corta duración ya que en 1997 en el caso “*Reno vs American civil Liberties Union*”, la Corte Suprema de Estados Unidos derogó la ley fundamentando su decisión en que internet era comparable a un sistema telefónico siendo demasiado grande y de carácter privado para ser vigilado.<sup>1</sup>

Pero este revés a los conservadores estadounidenses no hizo más que agudizar sus sentidos y en 1998 el Congreso aprobó la “*Child Online Protection Act*” (ley de protección infantil en línea) mediante la cual se exigía a las páginas comerciales para adultos que tomaran medidas para restringir el acceso de menores de edad siendo que su incumplimiento acarrearaba una pena de multa de hasta U\$ 150,000 por día de incumplimiento y seis meses de cárcel.

En el año 1999 el juez del tribunal distrital de Filadelfia Lowell A. Reed prohibió la aplicación de esta nueva ley manifestando que se violaba la libertad de expresión de los adultos argumentando que era imposible verificar la edad de los visitantes a las páginas de internet y por lo tanto su dueño podía cometer el delito sin saberlo.<sup>2</sup>

Es interesante señalar que, conforme investigaciones realizadas, todas estos intentos de control sobre los contenidos en Internet con el supuesto propósito de proteger a los menores carecía de sustento empírico y científico. En efecto, los daños por exposición en la infancia a imágenes o palabras sexualmente explícitas no son del todo concluyentes. La “*U.S. Commission on Obscenity and Pornography*” (Comisión estadounidense en obscenidad y pornografía) de 1970 no pudo detectar daños en menores causados por ver imágenes sexuales e, incluso, llegaron a sugerir que dicha acción podía facilitar la comunicación entre padres e hijos sobre temas sexuales.<sup>3</sup>

Con el objeto de desmentir aquellas conclusiones, el secretario de justicia del gobierno de Ronald Reagan, Edwin Meese convocó a la *Commission on Pornography* (Comisión sobre pornografía) de 1985. Pero esta comisión tampoco pudo establecer vínculos entre materiales sexualmente explícitos y conductas antisociales siendo que, asimismo, se encontraron evidencias de lo contrario.<sup>4</sup> En efecto, se afirmó que la mayoría de pacientes con

---

<sup>1</sup> VILE, J.R. “*Essential Supreme Court Decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law*”, 15<sup>th</sup> ed. pág. 286. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

<sup>2</sup> BROWN, J. “*Another Defeat for Kiddie Porn Law*”, [salon.com](http://salon.com)

<sup>3</sup> Report of the Commission on Obscenity and Pornography, Lockhart Commission, Washington, 1970 p. 23-27.

<sup>4</sup> MURRIN, M.R. y LAWS, D.R. “*The influence of Pornography on Sexual Crimes*”, New York, 1990 p. 83-84.

parafilias habían descrito una rígida educación antisexual en donde el sexo no se mencionaba nunca o era reprimido o repudiado.<sup>5</sup> Muchos sexólogos entienden que la información sexual que se le presenta a una persona antes de que pueda comprenderla, le aburre o le repugna pero no la perjudica.<sup>6</sup>

Pero la ética de resguardar a menores de materiales de contenido sexual es considerada evidente por sí misma ya que se ha demostrado que las leyes, en especial las estadounidenses, han sido aprobadas y ratificadas sin recurrir a ninguna evidencia.<sup>7</sup> Es por ello que la idea de que la pornografía causa daño, en especial a los niños, se ha expandido hasta convertirse en sospecha de que exponer a niños a cualquier información sexual explícita puede perjudicarles.

Con esta idea, se trató de restringir todo acceso a páginas de contenido sexual a menores de edad para lo cual se crearon software que filtran dicho contenido, pero esto llevo al absurdo de que, por ejemplo, el servidor América Online bloqueara la palabra “*seno*” hasta que pacientes con cáncer de mama se quejaron de que no podían acceder a sus grupos de apoyo y sitios de información; o que la poeta estadounidense Anne Sexton y la Sussex County Fair fueron excluidas de Internet a causa de la ortografía de sus nombres.<sup>8</sup>

En diciembre de 2000 Bill Clinton firmó la ley de protección infantil en Internet, “*Child Internet Protection Act*” mediante la cual se exigía a las bibliotecas públicas poner filtros en sus computadoras bajo el riesgo de perder el financiamiento federal.<sup>9</sup>

Con esta misma lógica se explica la expansión de la legislación penal contra la pornografía infantil no solo en Estados Unidos sino en el mundo entero. Es curioso que la llamada ley “*Child Internet Protection Act*” defina a la pornografía infantil como a imágenes en donde el sujeto no está desnudo ni realiza actividad sexual y ni siquiera es un niño de verdad ya que se penaliza la representación en actividades sexuales de personas a la que se quiere hacer parecer menores de edad, como podría ser, una imagen generada por computadora.

---

<sup>5</sup> DIAMOND, I. “*Pornography and Repression: A Reconsideration*”, New Press, New York, 1990.

<sup>6</sup> U.S. Department of Justice, “*Report of the Surgeon General’s Workshop on Pornography and Public Health*”, Government Printing Office, Washington, 1986, p. 344.

<sup>7</sup> HEINS, M. “*Sex, sin, and blasphemy: A Guide to America’s Censorship Wars*”, New Press, New York, 1993.

<sup>8</sup> LEVINE, J. “*No apto para menores*”, pág. 59, México: Oceano, 2006.

<sup>9</sup> idem

El continente europeo tampoco fue ajeno a esta situación y el 23 de Noviembre de 2001 en la ciudad de Budapest se celebró el Convenio sobre Ciberdelincuencia el cual da tratamiento al delito de pornografía infantil instando a los Estados Partes a tipificar las conductas descriptas en el art. 9 del convenio el que establece como delito la producción, oferta y la difusión o transmisión de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático. También considera delito la adquisición y la posesión de pornografía infantil mediante y en un sistema informático. Conforme los fundamentos de dicha norma, el fin es la protección de los menores a través de la modernización de las disposiciones del derecho penal con el objeto de circunscribir de manera más eficaz la utilización de los sistemas informáticos en relación con la comisión de delitos de índole sexual contra menores.

Respecto a nuestro país, en el año 2002 aparecen las primeras regulaciones sobre el acceso a Internet por parte de menores de edad. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires promulga la ley 863 la cual su art. 1º dispone que los establecimientos comerciales que brinden acceso a Internet deben instalar y activar en todas las computadoras que se encuentren a disposición del público filtros de contenido sobre páginas pornográficas. Asimismo se reforma el código contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires sancionando con multa de \$200 a \$1.000 y/o clausura del local o comercio de hasta cinco días al titular o responsable de un establecimiento comercial que brinde acceso a Internet que desactive en las computadoras que se encuentran a disposición del público los filtros de contenido sobre páginas pornográficas a menores de dieciocho años. Leyes similares fueron sancionadas en las provincias de Mendoza (ley 7.881), Buenos Aires (ley 13.703) y Chaco (ley 5.324).

Por su parte, también en el año 2002, el Congreso Nacional sanciona la ley 25.690 mediante la cual se establece que las empresas proveedoras de servicios de internet (ISP) deberán ofrecer software de protección que impidan el acceso de menores a sitios específicos para adultos al momento de prestar su servicio con el apercibimiento de la aplicación de una multa en caso de incumplimiento.

El 24 de Junio de 2008 fue promulgada la ley 26.388, conocida como "*ley de delitos informáticos*" pues dispone una serie de reformas a los fines de adecuar disposiciones de nuestro código penal al escenario virtual. En el ámbito que aquí interesa, esta ley modifica el tipo penal descripto en el art. 128 del código penal mediante el cual se sancionan las acciones vinculadas al delito de pornografía infantil. En este sentido se tipifica la producción,

financiamiento, ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación, divulgación o distribución por cualquier medio de toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. La frase “*por cualquier medio*” se incluyó con el propósito de incluir al medio informático.<sup>10</sup>

En este contexto no tardó mucho tiempo en aparecer el pánico de no solo el peligro a exponer a menores de edad a materiales sexualmente explícitos que circulan por Internet sino de los riesgos de ser expuestos a pedófilos que captaran niños a través de las redes sociales. De ésta manera, el nuevo discurso punitivo nos intenta demostrar que ya ni siquiera la propia casa es un lugar seguro para nuestros hijos.

Sin embargo, en 1996 las estadísticas del “*National Center for Missing and Exploited Children*” indicaban que entre 1994 y 1996 sólo veintitrés menores habían sido atraídos a centros comerciales y hoteles por terceros extraños siendo que ninguno de ellos era menor a los trece años. Por su parte, en el año 2001 una encuesta de la Universidad de New Hampshire demostró que sólo la quinta parte de jóvenes entre diez y diecisiete años reciben incitaciones sexuales en Internet de parte de desconocidos y que la gran mayoría de ellos manifestaba que dichos mensajes no les incomodaban, concluyendo que ninguno de los integrantes de la muestra había sido agredido sexualmente como resultados de los contactos realizados por Internet.<sup>11</sup> Vale decir que estos estudios demostraron que la agresión sexual provocada por un contacto previo vía internet era nula en comparación a las violaciones en citas y violencia intrafamiliar.

Las más recientes estadísticas en nuestro país concluyen de igual modo. En este sentido es interesante revelar los datos aportados por el Registro Nacional de Información de Personas Menores Extraviadas (RNIPME) dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación respecto al último informe de gestión correspondiente al año 2012.

---

<sup>10</sup> Es importante reseñar que la descripción del objeto del tipo penal descrito en el art. 128 del CP es coincidente con la ley 25.763 que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (Asamblea General de Naciones Unidas, 25-5-00) el que establece que: “*por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*” (art. 2° inc. c).

<sup>11</sup> MITCHELL, K.J. FINKELHOR y WOLAK, J. “*Risk Factors for and Impact of Online Sexual Solicitation of Youth*”, en Journal of the American Medical Association, num. 285, 20 de junio de 2001.

El RNIPME informa que la cantidad de niños, niñas y adolescentes extraviados registrados desde su creación en noviembre de 2003 al 31 de diciembre de 2012 asciende a 24.473 siendo que el 93% de los casos se encuentran resueltos y solo el 7% continúa con pedido de búsqueda.

En relación a la franja etaria el 78% de los casos corresponde a la franja de doce a diecisiete años de edad, de los cuales el 70% de los casos corresponde a mujeres.

En relación a las causas y los motivos del extravío, el 85,3% de los casos se debe a la propia voluntad de los niños, niña o adolescente motivado principalmente por conflictividad intrafamiliar. Solamente el 1% de los casos se corresponde a la intervención de terceros y el 0,5% de los casos se debe a casos en donde no existe voluntad alguna.<sup>12</sup>

Sin embargo, pese a lo contundente de los estudios y los informes estadísticos, el punitivismo penal se esmera en crear la situación de pánico y ayudado por los medios de comunicación se inicia el proceso tendiente a la creación de tipos penales.

Este proceso es conocido como "*securitization*" mediante el cual se intensifica una causa, real o construida, de amenaza para ser presentada públicamente como objeto a combatir habilitando los medios legales, o incluso a aquellos que hasta el momento no eran legales, para neutralizar dicha amenaza.<sup>13</sup>

La "*secutirization*" reconoce ciertos pasos, los cuales sintetizamos a continuación: 1) definición de un objeto de referencia mediante el cual se efectúa un recorte de un grupo vulnerable y desprotegido (en este caso los menores y el acceso a internet a través de las redes sociales), 2) transformación de la conflictividad en un problema político a través del cual se exige la acción estatal para proteger al grupo identificado como vulnerable (el control parental respecto del uso de internet por parte de los menores es reemplazado por una cuestión estatal que convierte la situación en una causa de política criminal), 3) alcance de una audiencia relevante (se instala a través de los medios de comunicación que el peligro está dentro de la propia casa, el hogar ya deja de ser un lugar seguro para nuestros hijos que pueden ser asechados por pedófilos a través de un sólo click en la computadora) 4) transformación del problema político en cuestión de seguridad (al crear el escenario de la

---

<sup>12</sup> Las estadísticas pueden ser consultas en el sitio [http://www.jus.gob.ar/media/774132/informe\\_de\\_gestion\\_2012.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/774132/informe_de_gestion_2012.pdf)

<sup>13</sup> Recomendamos la lectura del artículo "*El ente inseguritas y la inseguridad del derecho penal*" por la Dra. María Laura Böhm, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal (IJ-LXVIII-567).

inseguridad que representa internet y el uso de las redes sociales por los menores de edad se requiere una acción inmediata), 5) transformación de la cuestión de seguridad en amenaza existencial (el peligro de que un menor sea agredido sexualmente a través del uso de las redes sociales es presentado ya no en potencial sino como riesgo cierto, concreto y real), y, por último, 6) habilitación de medidas excepcionales en el ámbito penal que representa la fase de culminación del proceso.

En efecto, la “*securitization*” concluye con la intervención del derecho penal, generalmente a través de la creación de nuevos tipos penales mediante los cuales se habilita un poder punitivo agresivo violatorio de garantías e, incluso, en contra de principios constitucionales rectores del derecho penal.

En el caso que estamos analizando, la “*securitization*” culmina con la creación de un nuevo delito identificado con el anglicismo “*grooming*” que se ha extendido en diversas legislaciones extranjeras. A modo de ejemplo, podemos destacar a las legislaciones de España, Alemania, Australia, Canadá, Escocia y Reino Unido.

Así, el código penal español incorpora la figura en el art. 183 bis disponiendo que “*el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte a un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera d ellos delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”.

En Alemania el art. 176 del código penal sanciona “*...a quien ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido...*”.

El *Criminal Code Act Australian* de 1995, prohíbe el uso de un servicio de telecomunicaciones para contrarrestar la seducción de menores a través de estos medios. Así las secciones 474.26 y 474.27, contemplan castigos para aquel que mediante la utilización de transmisión electromagnética comunique a un menor la intención de que el receptor se someta a una actividad sexual, como asimismo cuando la comunicación incluya material indecente. Exige que el sujeto activo sea mayor de dieciocho años y el sujeto pasivo menor de dieciséis.

Por su parte, la sección 172.1 del *Criminal Code* de Canadá sanciona la comunicación con un menor por medio de un sistema informático con el propósito de cometer abuso sexual, diferenciando las acciones si se trata de menores de dieciocho, dieciséis o catorce años.

En el año 2005 se sanciona en Escocia la ley "*Protection of Children and Prevention of Sexual Offences Act*" mediante la cual se sanciona la reunión con fines sexuales con un menor de dieciséis años después del contacto online.

El Reino Unido sancionó en el año 2003 la ley "*Sexual Offences Act*", la cual establece en las secciones 14 y 15 sanciones para quien organice encuentros con niños con la intención de abusarlos sexualmente.

En nuestro país se presentaron diversos proyectos a partir del año 2010 para la incorporación del delito a nuestra legislación.

El primero de ellos fue presentado por la senadora Bongiorno (proyecto S-3267/10) quien proponía la incorporación del art. 125 ter al código penal en los siguientes términos:

*"Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años el que, utilizando medios electrónicos, perturbare moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años con fines de someterlo sexualmente mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales".*

Fundaba su proyecto en la preocupación de que los menores utilizan mucho tiempo Internet para lo cual ofrecía una serie de estadísticas e informes elaborados por la Asociación Civil chicos.net. La senadora afirma que esta realidad "*contribuye a que perversos cometan conductas delictivas contra menores que no están adecuadamente contempladas en nuestra normativa, y que por lo tanto, requieren de una tipificación clara que no deje márgenes de impunidad interpretativa ante una conducta típica, antijurídica que le sea reprochable al autor*". Agrega que "*son los menores quienes se encuentran más vulnerables frente a una pantalla en la que en ocasiones, y sin el debido control creen poder obtener de ella todas las respuestas o dar rienda libre a la curiosidad...*".<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Ver [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/12/senado.\\_dictamen\\_de\\_comision.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/12/senado._dictamen_de_comision.pdf).

Por su parte, en el año 2011 los senadores Higonet y Verna presentaron otro proyecto (S-2174/11) mediante el cual proponían la incorporación del grooming como delito en el art. 128 bis del código penal en los siguientes términos:

*“Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico, cometiere acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor para que este realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual. La pena será de dos años a seis años cuando el material pornográfico obtenido a través de la conducta anterior sea utilizado para obligar al menor a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad”.*

En este caso, los senadores argumentaban sobre la necesidad de la incorporación del delito, básicamente, en base a la preocupación de la Sociedad Argentina de Pediatría respecto del acceso a internet por parte de los menores y el poco control parental al respecto.

En la Cámara de Diputados fueron tres los proyectos que se presentaron. En el año 2012 los diputados Bertol, Pinedo y Schmidt Liermann (9-D-2012) propusieron la incorporación del art. 125 ter al código penal en los siguientes términos:

*“Será reprimida con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años la persona mayor de edad que utilizando cualquier tecnología de la información y la comunicación procurare obtener de una persona menor de trece años, de uno u otro sexo, concesiones de índole sexual. Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años el que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona menor de dieciséis años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.*

En el año 2013, la diputada González presento su proyecto (2.604-D-2013) mediante el cual propuso la incorporación del delito al art. 131 del código penal propiciando que el mismo quede redactado de la siguiente manera:

*“Será penado con prisión de uno a seis años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de*

*edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.*

Finalmente, los disputados De Narváez, Ferrari y Gambaro presentaron su proyecto de incorporación de la figura a nuestra legislación a través del art. 125 ter de la siguiente manera:

*“Será penado con pena de prisión de dos a seis años, siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado, el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación se contacte con un menor de edad y de cualquier modo le requiera imágenes de contenido sexual del mismo o le proponga concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos contra su integridad sexual”.*

De ésta manera, el proceso “*securization*” entraba en su fase final. Ambas cámaras del Congreso Nacional contaban con propios proyectos de incorporar el delito a nuestro código penal siendo que todos los proyectos presentaban características similares tales como el adelantamiento de la punición a claros actos preparatorios a través de una técnica legislativa vaga e imprecisa contraria al mandato de certeza derivado del principio de legalidad (art. 9 CIDH).

En este sentido es interesante destacar la reunión de la comisión de justicia y asuntos penales de la Cámara de Senadores del 27 de septiembre de 2011 convocada para poner en consideración los proyectos de la senadora Bongiorno y los senadores Higonet y Verna. En ella se destacó como “*apropiado cómo se remata el artículo, cuando dice: con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual. La referencia a todos los delitos del capítulo favorece, simplifica y evita tener mucho verbo y descripción de conductas*”<sup>15</sup> recalándose como positivo la vaguedad en la descripción del tipo penal.

Los tribunales también hicieron su aporte al proceso destacándose en particular un fallo perteneciente al Tribunal Oral N° 1 de Necochea que en un novedoso y llamativo precedente típico como corrupción de menores el comportamiento de un adulto que

---

<sup>15</sup> La frase corresponde al Dr. Ricardo Sáenz quien fuera invitado por la comisión como experto en la materia.

mediante una personalidad ficticia entabló comunicación a través de Internet con una menor de ocho años de edad para acosarla sexualmente y enviarle material de pornografía infantil.

El fallo resultó novedoso por haber identificado a la práctica conocida con el anglicismo “*grooming*” antes de su incorporación al código penal<sup>16</sup> pero resulta llamativo, en especial, porque no se acreditó que la menor tuviera efectivo contacto con el suministro del material pornográfico consistiendo el comportamiento del imputado en un hostigamiento y acoso sexual a la menor vía internet sin contacto físico alguno. También llama la atención que se haya descartado la tipificación del facilitamiento del material pornográfico a la menor en los términos del artículo 128 del código penal en pos de la corrupción de menores.

Para fundamentar su postura el Tribunal sostuvo que:

“En el transcurso de las audiencias de debate se acudió al anglicismo ‘*grooming*’ para señalar una suerte de hilo conductor o marco aglutinante de las diversas actividades que realizaba (L.N.F.). Lejos de endilgar una conducta atípica al nombrado o de vulnerar el principio de legalidad como deslizará la Defensa al referirse al “*grooming*”, en el caso, esta actividad desplegada por (L.N.F.), subsume perfectamente en el tipo objetivo y subjetivo de la norma del art. 125, párrafos segundo y tercero, del Código Penal, pues ellos son los actos corruptores de la menor de 8 años de edad, L.M. (...) A partir de las pruebas colectadas y presentadas en debate queda demostrado con suficiente claridad que el señor (L.N.F.) realizó una serie de actos que analizados como una unidad de sentido (aquí acudimos al *grooming*) tienen suficiente entidad corruptora. En efecto, se contactaba con menores de edad utilizando redes sociales y ocultando su verdadera identidad; simulaba en este contacto ser una persona del mismo sexo y edad del menor contactado; tapaba su cámara web para evitar que su verdadera apariencia quede al descubierto, poseía gran cantidad de material de pornografía infantil en su computadora, la que luego enviaba vía correo electrónico a menores de edad, acosando, hostigando, exigiendo respuestas; y

---

<sup>16</sup> Es de destacar que el fallo corresponde a la fecha 5 de Junio de 2013 y el delito de grooming fue incorporado al código penal mediante la ley 26.904 publicada en el Boletín Oficial el 11 de Diciembre de 2013.

realizando proposiciones de explícito contenido sexual a sabiendas de la edad de sus víctimas y del engaño con que había obtenido su atención y/o confianza”.<sup>17</sup>

Es de destacar que la niña no tuvo acceso al material que el imputado le suministraba ni tampoco se produjo encuentro alguno entre ambos, limitándose la acción en la comunicación a través de lenguaje sexual que el adulto intentaba entablar con la niña quien sólo se limitó a ignorarlo. La respuesta punitiva fue de diez años de prisión, tal como si se tratara de un abuso sexual consumado y agravado.

Este fallo tuvo una gran cobertura mediática que instaló definitivamente la cuestión en los medios de comunicación agilizando la incorporación del delito a nuestra legislación.<sup>18</sup>

Finalmente el delito se incorpora a nuestro código penal en el artículo 131 a través de la sanción de la ley 26.904 del 13 de Noviembre de 2013. El delito quedó tipificado de la siguiente manera:

*“Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.”*

La sanción de la ley contó con algunas disidencias parciales por parte de los diputados Aguad, Gambaro, Amadeo, Martínez, Álvarez, Comi, Garrido, Gil Lavedra y Storani. Básicamente las disidencias se fundamentaban en la falta de precisión de la conducta prohibida que evidenciaban como vaga e imprecisa.<sup>19</sup>

## II.- Análisis del tipo penal

---

<sup>17</sup> Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea c. F., L.N. 5/6/2013, en [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/varedicto\\_y\\_sentencia\\_fragosa.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/varedicto_y_sentencia_fragosa.pdf)

<sup>18</sup> El 7 de junio de 2013 el diario Página 12 título “*El grooming es corrupción de menores*” el cual finaliza expresando que: “*Un proyecto de ley sobre el grooming, para penalizar este tipo de acciones, ya obtuvo sanción en el Senado y dictamen favorable de las comisiones de Legislación Penal y Familia de Diputados, por lo que está próximo a debatirse en el recinto de la Cámara baja. La iniciativa establece penas de seis meses a cuatro años a quien contacte a una persona menor de edad por web para cometer un delito contra su integridad sexual*”. (ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-221761-2013-06-07.html>). Por su parte, el diario Clarín publicó el 6 de Junio de 2013 una nota titulada “*Condenan a un pedófilo argentino por corromper a una nena de 9 años*” refiriendo en el cuerpo del artículo periodísticas al grooming (ver [http://www.clarin.com/policiales/Condenaron-pedofilo-argentino-corromper-anos\\_0\\_932907307.htm](http://www.clarin.com/policiales/Condenaron-pedofilo-argentino-corromper-anos_0_932907307.htm)).

<sup>19</sup> La diputada Gambaro fundó su disidencia estimando necesario precisar aún más el tipo penal en el caso del “*child grooming*” requiriendo que en aquel contacto que mantenga el menor con el adulto se verifique el requerimiento de concretar un encuentro físico con el niño, niña o adolescente de modo tal que la conducta no sea excesivamente vaga y amplia. (Ver Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados comisión de legislación penal y de familia, mujer, niñez y adolescencia del 12 de junio de 2013).

El aspecto objetivo del tipo penal requiere de un sujeto activo sin ningún requerimiento típico específico pudiéndose tratar de una persona de uno u otro sexo. En relación al sujeto pasivo se requiere de un menor de dieciocho años sin distinción de sexo.

La acción típica consiste en contactar al menor a través de alguno de los medios de comunicación que establece el tipo penal, esto es: comunicación electrónica (redes sociales, chatrooms, por ejemplo), telecomunicaciones (Skype, videoconferencias, etc.) o cualquier otra tecnología de transmisión de datos (mensajes de textos, servicios P2P, entre otros).

Por su parte, se requiere un elemento subjetivo específico toda vez que el comportamiento del sujeto activo debe ser dirigido con una finalidad concreta, esto es, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual.

Se trata de un delito de peligro abstracto toda vez que no se requiere un resultado material y concreto, es decir, resulta independiente si se comete el delito que motiva el contacto con el menor ni tampoco se requiere que se haya puesto en peligro la integridad sexual del sujeto pasivo pues la acción se consuma con el simple contacto.

No se tipifica ninguna circunstancia agravante de la figura básica, por lo cual es indiferente si se trata de un menor de trece años o un mayor de dicho rango etario, a diferencia de lo que ocurre con los abusos sexuales tipificados en el artículo 119 y en el resto de los delitos contemplados en el título III del código penal.

Con la incorporación de este delito se ha producido una gran incongruencia en las acciones prohibidas y una importante contradicción en lo que se refiere a la libertad sexual de los menores de edad.

Pues con este nuevo delito un menor de diecisiete años que se contacte con otro de quince para efectuarle una proposición de índole sexual incurriría en la conducta prohibida.

Es por ello que hubiera sido correcto que la edad del sujeto pasivo reconociera el límite de los trece años, tal como fuera propuesto en la redacción alternativa al tipo penal por parte de los legisladores disidentes a la redacción sancionada.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> La redacción alternativa era: "Será reprimida con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de 13 años y menor de 16 años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación".

Por su parte destacamos la violación al principio de legalidad en lo que refiere al mandado de certeza por la vaga e imprecisa técnica legislativa utilizada para tipificar la conducta, en especial cuando se requiere como elemento subjetivo específico que el contacto sea con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual. La descripción de la conducta prohibida es tan abierta que no logra determinarse exactamente qué es lo que se está prohibiendo.

Párrafo aparte merece la cuestión del adelantamiento punitivo a actos preparatorios en clara violación al principio de lesividad toda vez que no se requiere ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico del sujeto pasivo para que se configure la comisión del delito.

En este sentido, también revelamos la vulneración al principio de proporcionalidad que impera en el Derecho Penal. El delito reconoce una escapa penal exactamente igual a la del abuso sexual del primer párrafo del art. 119 del CP; es decir, que se sanciona con la misma respuesta punitiva a quien comete un abuso sexual como a quien se contacta por un medio electrónico para cometer el abuso. Es decir que el acto preparatorio no solo pasa a ser punible sino que hasta tiene la misma escapa penal que el hecho consumado.

### III.- Corolario

Es indudable que las nuevas formas de relacionarnos nos enfrentan a diferentes desafíos. La actual llamada "*sociedad de la información*" nos invita continuamente a pensar y reflexionar sobre los nuevos modos de vida y costumbres enfrentándonos a un paradigma cultural en donde prácticamente no existen barreras ni limitaciones.

En este sentido, el Derecho Penal también afronta nuevos retos en un escenario en donde prima el anonimato, la privacidad y la intimidad, lo que genera el conflicto de buscar un equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la intervención penal.

Los acápites que anteceden son una pequeña muestra de que la reacción primaria siempre es la de la censura y la sanción con el propósito de proteger a un grupo que se expone como vulnerable de situaciones que no se conocen del todo muy bien pero que se suponen dañinas para aquellos.

Las TICs también favorecen a la rápida creación de la llamada "*criminología mediática*" a través de la cual, y siempre utilizando el discurso del miedo, se inyectan falsedades y perjuicios para legitimar el poder punitivo del estado.

En este trabajo nos hemos abocado a describir especialmente el proceso mediante el cual se creó un nuevo delito que lo que intenta es, ni más ni menos, que suplir el control

parental recurriendo al pánico y violando todos los principios constitucionales rectores para la construcción de tipos penales.

En este sentido debemos estar más atentos que nunca a la información que recibimos a fin de poder constatar los procesos descritos anteriormente que generan consecuencias devastadoras en nuestro sistema penal. Siendo éste un proceso que advertimos no solo en la región sino en el mundo entero.

\* Abogado (UBA) Especialista en Derecho Penal (UTTD) Master en Derecho Penal (UTDT). Profesor de Derecho Penal Profesor de la materia "*Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*" de la cátedra del Dr. Zaffaroni en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de las materias "*Derecho Penal I*" y de los seminarios "*Delitos Sexuales*" y "*Régimen de la Ejecución de la Pena privativa de la libertad*" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Profesor de las materias "*Derecho Penal I*" y "*Derecho Procesal Penal*" de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana. Profesor de la materia "*Sistemas Penitenciarios Contemporáneos Comparados*" de la Facultad Nacional de Lomas de Zamora.

## Derecho del Consumidor

### El fallo Padec y la legitimación activa de las asociaciones para estar en juicios de clase.

Por Fernando Shina<sup>1</sup>

Un homenaje al impar caballero Tristram Shandy y al maestro Laurence Sterne.<sup>2</sup>

#### I Introducción.

1. Siempre me resultó interesante saber por qué nos domina esa tendencia, equidistante entre la saludable obsesión académica y la morbosa delectación por perder el tiempo, a discutir con innecesaria profundidad cuestiones sin importancia, dejando que las cuestiones verdaderamente importantes caigan en un profundo olvido. Como a menudo me ocurre encontré la respuesta en la literatura. En las digresiones.

El arte de la digresión narrativa se define como un ir venir desde y hacia ninguna parte, dejando que las palabras nos lleven de una idea a la otra sin concluir ninguna; como si la idea misma fuera una carrera de relevos en donde el compañero de equipo recibe el testimonio de su predecesor, y continúa la marcha hasta llegar a la meta. Pero, a poco de comenzada la carrera se advierte que su finalización se prorroga indefinidamente; así, el lector intuye el final pero cada intuición es burlada por la aparición de otra idea, que la modifica y le hace tantos agregados que el lector termina por perderla en la memoria, o en

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos - 2002-2004), y en diversas cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. En la actualidad es Profesor de la materia **Tutela del Asegurado y Contrato de Seguro**. Universidad Nacional de Buenos Aires. Ha publicado *et al*, " **La Responsabilidad Objetiva : El artículo 1113 del Código Civil**". Ediciones Jurídicas de Cuyo. En 2009 publicó " **La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos. Un ensayo de derecho comparado**". Ed. Universidad. Es autor de numerosos artículos específicos de Derecho del Consumidor. Ha disertado en diversas conferencias y seminarios sobre el tema.

Las críticas y comentarios que el lector quiera hacer sobre el contenido de este artículo serán muy bien recibidos en [fernandoshina@gmail.com](mailto:fernandoshina@gmail.com)

<sup>2</sup> Publicado en La Ley - Doctrin Judicial, el 19 de febrero de 2014.

la distracción que le ocasiona el nuevo tema; de esta manera, casi circular, los sucesivos eventos que nunca terminan de terminar van ocupando el lugar que deja el otro. Cada reemplazo suma una nueva idea pero, al mismo tiempo, nos aleja de su conclusión. De eso trata la digresión: de distraernos. El texto se nos presenta como un desfile infinito de ideas que aparecen y desaparecen sin ninguna explicación.

2. En la literatura, las digresiones llegaron al éxtasis narrativo de la mano de Laurence Sterne<sup>3</sup> y su magnífica, e inolvidable obra *The Life and Opinions of Tristram Shandy, Gentleman*<sup>4</sup>, cuya aparición data de 1759.

Este maravilloso texto es de tal originalidad que con el paso del tiempo se elevó a la categoría de joya de la literatura universal. En brutal síntesis, el narrador –Tristram Shandy– se esfuerza durante toda la extensa obra (mi edición tiene unas 700 páginas) en darnos explicaciones que, sin embargo, nunca nos explica del todo. Las anécdotas y opiniones de este singular caballero entran y salen del libro sin otro orden que la genialidad del capricho narrador.

A modo de ejemplo, Shandy nos dice al iniciar el Capítulo decimosegundo: “El deudor y el acreedor se diferencia entre sí en el tamaño de sus respectivas bolsas, del mismo modo que el bufón y el objeto de la bufonada se diferencian por sus memorias respectivas. Pero, a este respecto, como dirían los escolásticos, la comparación se refiere a cuatro términos que –dicho sea de paso– se apoya en una o dos patas más que alguna de las mejores de Homero. Me explicaré: en el primer caso...”.<sup>5</sup> De esta manera, el impar caballero Shandy sigue meditando durante todo el libro; su única finalidad es distraer al lector y privarlo de una conclusión, como si concluir una idea fuera similar a matarla. ¡Una obra maestra!

3. En el caso de la legitimación activa de las ONG para impulsar acciones de clase, hay algo parecido a la digresión perpetua que propone Sterne. Sin embargo, la genialidad de

---

<sup>3</sup> Laurence Sterne, escritor inglés (1713-1768). Es admirable la corta biografía del escritor. Se trata de uno de los escritores más influyentes de la literatura inglesa que, sin embargo comenzó a escribir cuando tenía más de 40 años y murió con menos de 60. Su obra más destacada es, sin dudas, *Tristram Shandy*. Ese memorable libro se puede conseguir fácilmente en las distintas ediciones que circulan por las buenas librerías de Buenos Aires.

<sup>4</sup> Vida y opiniones del Caballero Tristram Shandy.

<sup>5</sup> Vida y Opiniones del Caballero Tristram Shandy. Ed. Cátedra, año 1996, página 86

Shandy es desplazada por una sensación incómoda de estar perdiendo el tiempo. Y créame el lector: no es lo mismo disgregar que perder el tiempo.

La introducción pretende ser una crítica que nos incluya a todos los que hace años trabajamos dentro de esta rama del derecho. Porque es notable comprobar que, durante cinco años, derrochamos esfuerzos de conciencia para determinar si correspondía aplicar la doctrina *Halabi* para resolver la legitimación activa de las asociaciones pro-defensa de los consumidores y usuarios que impulsan acciones de clase, según las modalidades rioplatenses.

Tampoco está demás decir que esas modalidades, desafortunadamente, incluyen: una legislación caótica, insuficiente y asistemática; la imitación de modelos que no se conocen, o no se entienden, o no nos sirven; la redacción de textos legales que contienen todos los errores que harían repetir de grado a un escolar réprobo, etc. Pero, como dirían los más jóvenes: *'es lo que hay'*, y con esas normas tenemos que salir a tribunales y dar la batalla que a cada uno nos tocó en suerte o en destino.

4) Así, aturdido por el ruido que producen los murmullos (Y tampoco corresponde equiparar la murmuración a la digresión) no hemos notado que **Halabi** era una acción de amparo y que las acciones de clase no lo son; más aún: no tienen nada que ver con un amparo. Por tanto, solo por analogía y por la aparición de una laguna debemos buscar soluciones en otro lugar que no sea la propia ley que regula su funcionamiento (Aun con los defectos e insuficiencias antes señalados).

Todos los que tenemos algo que ver con las acciones de clase locales hemos completado nuestras vacilaciones con las peripecias de Halabi, al que le hemos hecho decir y omitir y silenciar tantas cosas que se ha convertido en una especie de Tristram Shandy urbano, moderno, y leguleyo. Me complace pensar que este reconocimiento metafórico hubiera merecido la aprobación parcial del propio Sterne; porque de alguna forma prueba que sus meditaciones inconclusas fueron eficaces para vencer al tiempo, e inspiradoras para talentos más modestos.

5) Pero volviendo al caso Halabi, aún en nuestros días, sigue siendo usado indistintamente (yo diría solidariamente) por los abogados de los consumidores y las respectivas asociaciones, por los defensores de los proveedores de bienes y servicios, por los jueces de la primera instancia que rechazan las defensas opuestas por los proveedores,

por los magistrados que avalan esas defensas y rechazan - sin piedad y menos argumentos - las acciones colectivas. También lo utilizan las distintas Salas de apelaciones que revocan o convalidan esas sentencias de primera instancia. Todos, absolutamente todos, usamos el caso Halabi para transitar el arduo camino de las *class actions criollas* y justificar con sus contenidos la justeza de nuestro reclamo, o de nuestra defensa, o de nuestra sentencia.

Tanta promiscuidad intelectual obliga a una conclusión lógica. Es obvio que algún bando de entusiastas (me vuelvo a incluir) utilizó mal este precedente, o que alguna camarilla lo interpretó incorrectamente, o que alguna sentencia no debió utilizarlo, o bien - ¿por qué no? que se trata de un veredicto reversible que sirve para decir algo y, en simultáneo, negarlo. Es decir, el fallo Halabi quizás deba ser visto como una genial digresión de las que tanto gustaban a Tristram Shandy. Pero eso equivaldría a decir, sin cinismo, que Halabi no sirvió para mucho más que confundirnos un buen rato.

6) Concluyo esta introducción y el merecido homenaje a este grande de la literatura universal que fue Laurence Sterne con una reflexión más mundana, pero seguramente más útil para el amable lector que todavía me acompaña:

Es sumamente aconsejable que los abogados especialistas (me incluyo de nuevo), y los jueces de las distintas instancias que tengan que resolver acciones de clase presten más atención al artículo 54º de la ley 24.240 que a recitar los considerandos del caso Halabi.

## II El origen de las equivocaciones. El amparo y los juicios de clase.

1) Veamos algunas diferencias entre las acciones de clase y los amparos. En ese orden, hay que señalar que los procesos colectivos –**casi siempre** – tienen un objeto combinado y múltiple. Porque procuran que una sentencia determine varias cosas; a saber:

a.- Es muy frecuente que se demande por una nulidad, que bien puede ser una estipulación contractual abusiva. Y en este punto no debe olvidar el lector que en nuestros días la comercialización de los bienes y servicios tienen dos características determinantes. Uno es que ese mercadeo a escala se realiza de manera masiva. La otra característica es que todo contrato de consumo es un contrato de adhesión que nunca es negociado por el consumidor. Por ese motivo, no es infrecuente que los contratos de adhesión estén plagados de cláusulas indeseables.

b.- También es usual que la demanda implique un cese de la conducta nociva para evitar daños futuros. La gran ventaja que se puede obtener para el consumidor es impedir que se lo siga engañado. En mi opinión, la prevención hacia el futuro es el mejor resultado que puede esperarse de esta clase de procesos colectivos.

c.- Finalmente, también se intenta reivindicar los daños y perjuicios ocasionados (en el pasado) por la conducta ilícita.

**En sumario:** en las acciones de clase destaca el objetivo de detener una conducta para que deje de ocasionar perjuicios, y también una intención de recuperar algo de la plata que esa conducta infractora hubiera ocasionado durante todo el tiempo que la prescripción lo permita.

2) El amparo colectivo y la acción de clase colectiva tienen muy poco en común. No tienen, en rigor, nada en común que no sea que en ambos casos hay una pluralidad de intereses afectados. Es decir, el único denominador que emparenta a estas acciones es conceptual: la trascendencia de los aspectos individuales y la prevalencia de lo colectivo. Tanto el amparo colectivo como las acciones de clase se hacen fuertes en los aspectos sociales que los rodean.

Y la Corte Suprema, tanto cuando trató el amparo promovido por Halabi, como al resolver la acción de daños promovida por la asociación Padec puntualizó la importancia de la cuestión individual trascendente. En efecto, en el Considerando 10 de Padec repite lo que había dicho en el considerando 13 de Halabi. Anoto la parte pertinente de ambos considerandos. Verá el lector que son exactamente iguales. Pues bien: esa identidad es la única que existe entre un amparo colectivo y una acción de clase.

**Considerando 10 Caso Padec 2013:**“... El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho...”

Y

**Considerando 13 Halabi 2009:** “...El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.”

Para concluir definitivamente la cuestión de las similitudes, la Ministra Argibay en el considerando 5º de su voto propio dice:

**Considerando 5º del voto propio de la Ministra Argibay:** “Que de tal modo, el Congreso ha creado una acción, que no es estrictamente una acción de amparo, a favor de las asociaciones de consumidores y usuarios cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores y usuarios” (Art. 55, de la Ley N° 26.361) que no se ve impedida por la circunstancia de que existan consumidores o usuarios con un interés patrimonial diferenciado e incluso contrapuesto con el defendido por la asociación accionante, pues contempla una vía por la cual dichos intereses pueden ser puestos a salvo de la cosa juzgada mediante una oportuna petición de exclusión.”

Veamos los aspectos más importantes de reflexión de la Ministra:

a.- Las acciones de clase están expresamente previstas en la ley 24.240 y no deben ser confundidas con los amparos colectivos que participan de otra naturaleza jurídica y otra legislación;

b.- Las asociaciones están legitimadas para llevar adelante estas acciones por imperio del artículo 55º LDC. (Más adelante se hará un desarrollo más extenso de este concepto);

c.- La circunstancia de que cada miembro del colectivo tenga un interés diferenciado

no es un impedimento para que la procedencia de las acciones de clase.<sup>6</sup>

3). Es probable que la confusión entre las acciones de clase y los amparos colectivos que intenté desarrollar en este Capítulo, sirva como una posible explicación que, en parte, justifique que hayamos usado con tanta promiscuidad las ideas embrionarias que la Corte dejó al resolver Halabi

No obstante, debo admitir que Ernesto Halabi abrió una puerta que estuvo cerrada durante años, y por ese solo movimiento hacia el futuro se merece la fama que hoy le toca y que estimo será duradera.

4) A pesar de que mis recuerdos siempre superan en alegrías a mis proyectos, quisiera intentar un optimismo renovador para terminar este Capítulo que habla de confusiones. Pero, el hecho de haber perdido cinco años buscando una solución (en verdad, tratando de evitarla) para una cuestión tan sencilla que podía resolverse en los escasos segundos que demora la lectura del artículo 55° de la Ley 24.240, prorroga indefinidamente la llegada de ese optimismo que anhelo.

Y como si esto fuera poco, debo decirle al lector que ni siquiera el reciente fallo Padec dictado por la Corte el pasado 21 de agosto de 2013 puso fin a esta interminable discusión sobre la legitimación activa de las asociaciones para actuar en juicios de clase. Porque son muchos los fallos que, a posteriori de ese veredicto de la CSJ, siguen dictaminando sobre la legitimación activa de las ONG exactamente igual a como lo venían haciendo antes de Padec

Pero, a pesar de esas indiferencias injustificadas, la Corte Suprema volvió a dictaminar sobre la cuestión. Y, en mi humilde opinión, lo más destacado del fallo Padec no es la repetición de lo que ya se había dicho en **Halabi**, sino el voto propio de la Ministra Argibay quien en el considerando 5 parece decirnos: *no discutan más banalidades, y lean la*

---

<sup>6</sup> Es de esperarse que los jueces que entienden en asuntos de clase hagan una buena lectura de este considerando porque son muchos los fallos que, equivocadamente, rechazan acciones colectivas fundando la negativa en el interés diferenciado de cada uno de los miembros de la clase.

ley.

También es notable y auspicioso lo resuelto en el considerando 16 del voto de la mayoría. Más adelante presentaré un desarrollo más extenso de estos considerandos.

### III Padec v. Swiss Medical. La coronación de la legitimación activa para las ONG que defienden a consumidores y usuarios.

1) En el caso Padec c/ Swiss Medical, de fecha 21 de agosto de 2013 la Corte Suprema de la Nación consolidó su criterio favorable a conceder legitimación activa a las asociaciones de defensa de los usuarios, para tramitar acciones de clase. Como más adelante se explica, esa doctrina siguió el camino de otros dos precedentes dados por esta misma Corte en los últimos años. En efecto, entiendo que el fallo Padec es congruente con los precedentes Halabi (2009) y Cavalieri (2012).

Esto significa que al momento de redactar este ensayo, que no hace más que distribuir las incertidumbres propias de las innovaciones, hay tres fallos de la Corte Suprema y una ley vigente que auspician esa legitimación.

2) Pero, sin embargo, y como señalara más arriba todavía hay muchos jueces de primera instancia (sobre todo en el fuero comercial) y varias Salas de ese mismo fuero que siguen dictando sentencias sin mencionar la existencia de esa doctrina consolidada de la CSJ.

Lo asombroso es que esos mismos fallos siguen hablando de Halabi (2009) que es un amparo y que tiene muy poco que ver con las particularidades de los casos que en concreto están resolviendo, y no mencionan ni una palabra del caso Padec, que trata sobre la nulidad de una estipulación contractual abusiva y dañina.

En una palabra, son sentencias antojadizas, dogmáticas, prescindentes de criterios dados por los tribunales superiores y, pero aún, prescindentes de los textos legales. A su turno, deberán ser revisadas por la Corte Suprema, con alguna advertencia que les indique a los jueces que para apartarse del criterio del superior jerárquico es necesario presentar razones más trascendentes que la opinión personal.

3) En lo personal pienso que estas reticencias, más rápido o más tarde van a ceder; y

esos jueces, morosos de modernidad, deberán ajustar su temperamento a las nuevas necesidades sociales. Un juez que no acompaña el movimiento lento pero constante de la sociedad no puede servirle porque todo pensamiento estático deviene anacrónico, Y digo esto con el mayor respeto, pero también con la firme convicción de que los juicios colectivos vinieron para quedarse y no es probable que vayan a desaparecer. Por tanto, hay que extremar esfuerzos para entenderlos y favorecer su tramitación. Es preciso que las reglas sean más claras para todos; y –sobre todo - las relaciones de consumo más transparentes para sus verdaderos beneficiarios: los consumidores y usuarios de la Argentina. Es decir: todos nosotros.

4) Por el contrario, pronostico que en el tiempo que viene las acciones de clase irán aumentando en cantidad, y también en la complejidad de sus contenidos. Y está muy bien que así ocurra porque su utilidad en el sofisticado escenario de las relaciones de consumo es insoslayable. Piense el lector que cada compañía líder de telefonía celular tiene aproximadamente 20 millones de clientes. No podemos resolver asuntos de la nueva era tecnológica con códigos rituales decimonónicos y con ideologías rancias y obsoletas. Es el tiempo que nos pasa a la asombrosa velocidad que internet le impone a nuestras vidas. Y no tiene remedio. O nos adaptamos o nos retiramos del juego.

#### IV. De Halabi a Padec. Evolución constante y congruente de la Corte Suprema.

1) Como decía, tres son los fallos más recientes que forman la doctrina de la Corte relacionada con la legitimación activa de las ONG para actuar en juicios colectivo. Uno, que es emblemático porque inició un camino sin retorno a favor de la legitimación de las asociaciones (**Halabi 2009**). El otro fallo, a pesar de su resultado negativo, es congruente con el que lo precede (**Cavallieri 2012**). Porque, recordemos al lector, que en Cavallieri la Corte desestimó la legitimación activa de la asociación por no verificarse una condición que, si se verificaba, la hubiera legitimado. Es decir: en el caso Cavallieri la legitimación activa de las asociaciones estaba aceptada *contrario sensu*.

Y finalmente, el **21 de agosto de 2013**, la Corte se expidió por tercera vez consecutiva sobre la legitimación activa en favor de las Asociaciones. (**Padec**).Y esta vez lo hizo de manera contundente, repitiendo los conceptos centrales elaborados en Halabi y agregando nuevas precisiones en un fallo que marcará un antes y un después en el mundillo de quienes nos dedicamos a las acciones de clase criollas.

En sumario: el criterio de la Corte Suprema, frente a la legitimación de las ONG quedó definitivamente consolidado con el dictado del veredicto en la Padec del 21 de agosto de 2013.

Veamos más detenidamente esta evolución histórica, haciendo un breve comentario de los precedentes para luego analizar en extenso el fallo Padec. .

1) **Halabi Ernesto c/ P.E.N. Ley 25873 dto.1563/04)** es el precedente que comienza a fijar las bases de una doctrina favorable a la legitimación activa de las asociaciones en materia de intereses individuales homogéneos. Las bases de esa doctrina están, en mi opinión fundadas en el considerando 12, que transcribo a continuación:

*Considerando 12 Halabi: Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.*

Este el considerando es el que más avanza en materia de acciones colectivas. En él se fijan los siguientes aspectos relevantes; a saber:

a.- Se delimita la tercera categoría de derechos, integrada por aquellos que siendo divisibles e individuales que se transforman en homogéneos por la existencia de una causa única de afectación común.

b.- Esos derechos, divisibles pero homogenizados, tienen derecho a la tutela efectiva prevista en los diversos artículos de la ley 24.240,

c.- Es razonable que una misma sentencia, de efectos expansivos a toda la clase, solucione de un solo golpe el problema cuando sea posible identificar la existencia de una causa única que afecta a una pluralidad relevante de individuos.

2) **Caso Cavalieri**. El segundo precedente de la CSJ es **Cavalieri Jorge y otro c/Swiss Medical s/amparo** del 26 de junio de 2012 (C. 36, L. XLVI). En Cavalieri, la Corte se pronuncia otra vez a favor de la legitimación de las asociaciones a las que se refiere el artículo 43 de la Constitución Nacional. El fallo comienza por señalar que la legitimación activa de las asociaciones es una cuestión federal por encontrarse en discusión la inteligencia que cabe dar a los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional (Considerando 4º).

En Cavalieri la CSJ reitera su doctrina, porque en el Considerando 6º señala que ya tuvo oportunidad de expedirse:

*Considerando 6 Caso Cavalieri: “Que esta Corte ha tenido oportunidad de expedirse en torno de la legitimación procesal en acciones tendentes a la defensa de intereses individuales homogéneos en el precedente Halabi...*

La remisión que hace la Corte a otro precedente (Halabi), donde había resuelto afirmativamente la cuestión referida a la legitimación, no puede significar otra cosa más que la consolidación del criterio positivo sobre la misma cuestión. Porque, además de afirmarse que las asociaciones pueden defender válidamente los intereses individuales homogéneos, el Superior establece que, conforme lo decidido en **Halabi**, la procedencia de este tipo de acciones requiere:

- 1) La verificación de una causa fáctica común;
- 2) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los hechos
- 3) La constatación de que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado.

Sentados estos requisitos, en el considerando 7) la Corte dice: : *Que en autos no concurre el primero de los presupuestos mencionados, toda vez que la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho -único o complejo- que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos....En tales condiciones, no se advierte que la situación planteada ...lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda válidamente defender al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del señor Cavalieri (Ver Considerando 7. Los subrayados son propios).*

Para terminar con el caso Cavalieri, es preciso mencionar que se resolvió que la asociación actora **NO** tenía la legitimación activa necesaria para estar en autos. Pero, la negativa del tribunal no se debió a cuestiones conceptuales, sino a limitaciones de la prueba aportada por la actora. Efectivamente, en Cavalieri, la asociación actora no logró probar la existencia de un hecho único que afecte a una pluralidad relevante de intereses. Y por eso se le negó la legitimación. Pero, si esos requisitos se hubieran acreditado, indudablemente, la asociación hubiera sido legitimada para actuar en el pleito.

3) **Caso Padec.** El tercero de los casos dictados por la CSJ es la causa **Padec c/ Swiss Medical** del día 21 de agosto de 2013. Se propone, a modo de cierre, un breve análisis de los argumentos centrales utilizados nuevamente por la CSJ en **Padec**; a tal fin citamos los considerandos 9 y 13.

“ 9) Que esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea” (PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales – Corte Suprema de la Nación del 21 de agosto de 2013 - P 361 XLIII. Los subrayados son propios).

“13) Que, en este orden de ideas cabe destacar que la asociación atora tiene entre sus propósitos... 'la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional...' y ...'la defensa de los derechos de los consumidores cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales...En consecuencia, no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva de las características de la intentada en autos.” (PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales – Corte Suprema de la Nación del 21 de agosto de 2013 - P 361 XLIII. Los subrayados son propios).

En Padec la CSJ ratifica los siguientes criterios en materia de acciones colectivas; a saber:

(i) Se mantiene la clasificación tripartita de los derechos dada en Halabi, sosteniendo la existencia de una categoría de derechos individuales, de incidencia colectiva, pero homogéneos;

(ii) Esta categoría de derechos encuentra protección constitucional en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN norma que expresamente legitima a las asociaciones de defensa del usuario y consumidor –entre otros legitimados – para ejercer la efectiva tutela de sus derechos;

(iii) la circunstancia de tratarse de derechos individuales y enteramente divisibles no es óbice para la procedencia de la acción colectiva;

(iv) Lo relevante para definir la existencia de derechos individuales homogéneos es la identificación certera de una causa única de afectación;

(v) Los derechos de los usuarios y consumidores tienen raigambre constitucional toda vez que son específicamente receptados por el artículo 43° de la CN;

(vi) El considerando 12 de Padec no deja margen para dudas, con relación a los sujetos legitimados para iniciar y tramitar acciones de clase. Lo anoto:

*“Que, en cuanto los sujetos habilitados para demandar en defensas de derechos como los involucrados en el sub lite, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano...”* (CSJN. Fallos XLIII Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013. El subrayado es propio).

Es tan claro el fallo que obliga una sola conclusión: al mismo tiempo que legitima a nuestra defendida deslegitima la sentencia que se apela; ello, por los siguientes motivos:

(i) No deben confundirse las acciones de clase, que tienen regulación legislativa propia y autónoma con la acción de amparo que guió el Halabi;

(ii) La legitimación de las asociaciones surge de la una ley correctamente sancionada por el Congreso de la Nación en ejercicio de sus atribuciones;

(iii) La legitimación activa de las asociaciones surge, no de una interpretación pretoriana sino por imperio del artículo 55° LDC.

(iv) Las acciones de clase no tienen ninguna incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico;

(v) El fundamento constitucional de esta clase de acciones surge del artículo 43 de la CN;

(vi) De paso, la Corte nos anticipa un pronóstico que debemos atender seriamente: estamos yendo derecho a un sistema de juicios colectivos similar a desarrollado en Estados Unidos.

2) **La causa única de afectación**. Otra cuestión que quedó firme con el fallo Padec es que lo trascendental en materia de acciones colectiva no es la diversidad del daño padecido, sino la existencia de un **hecho único** que cause la lesión a una pluralidad de derechos individuales. Este criterio presentado en Halabi fue ratificado en Padec. Veamos.

**Considerando 13 Halabi:** *Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.*

**Considerando 10 Padec:** *10) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. De manera que, el primer elemento a comprobar es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.*

*En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los Artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.*

En definitiva, el núcleo de las acciones de clase está dado por tres cuestiones; ellas son:

- a.- Existencia de una causa fáctica común;
- b.- La trascendencia de los aspectos individuales;
- c.- Impedir que se bloquee el acceso a la justicia, ya sea porque el monto del pleito sea de menor cuantía o porque el sujeto involucrado en la relación sea vulnerable al punto de requerir tutela de leyes protectorias.

#### **V. El Considerando 16. La identificación del grupo afectado.**

La Corte Suprema le dedica una buena parte del considerando 16 a explicar la dinámica de las acciones de clase, y como se ponen en marcha a través del artículo 54° LDC.

Veamos.

*“Que, finalmente, se impone señalar que el tribunal de origen deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio...” (CSJ – FALLOS –P 361 XLIII. Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013. Subrayado propio).*

En una palabra, la Corte Suprema les encomienda a los jueces de instancia:

- a. Identificar a la clase;
- b.- Controlar la idoneidad del representante de la clase;
- c.- Organizar un procedimiento que garantice la notificación de la clase previamente identificada.

En pocas palabras, la Corte Suprema señala que los jueces de grado deben cumplir lo establecido en el artículo 54° LDC.

Este considerando, en mi opinión, es de suma importancia porque buena parte de las defensas intentadas por el sector de los proveedores de B y S se basa en que la indeterminación del grupo anula la posibilidad de tramitar el proceso colectivo. También debo admitir, a desgana, que algunos fallos hicieron lugar a este equivocado argumento.

Hemos rebatido esas defensas y hemos apelado esos fallos, explicando una y otra vez que el grupo, si bien está indeterminado al inicio de la demanda, es absolutamente identificable luego de la prueba. Es la propia compañía la que proveyó el servicio defectuoso o vendió el producto vicioso. La empresa sabe mejor que nadie a quién engaño. Más aún lo tiene identificado al detalle, con altas, bajas y modificaciones. Piense el lector en un usuario de seguros que firma un contrato que contiene cláusulas abusivas, ¿acaso la compañía no sabe quién es cada uno de sus clientes que firmó el contrato malo? Por otra parte, y para cerrar el círculo, el artículo 53º LDC establece: *“Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.”* Pues bien, una buena parte de esa colaboración consiste en identificar a los posibles afectados.

Y la Corte Suprema se hace eco de esta situación. Por eso en el importantísimo considerando 16 les dice a los jueces de grado que la indeterminación provisoria de la clase es motivo para que incrementen los esfuerzos para precisarla, **y no para desestimar la acción**. Veremos en los próximos meses si los Magistrados acatan o no esta manda del Superior contenida en el considerando 16 del caso Padec.

**VI La legitimación activa y la ley 24.240.** En su voto propio, al que hacía mención al comienzo de este ensayo, la Ministra Argibay acierta al decir que la cuestión referida a que la legitimación a favor de las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios, no es una cuestión de libre interpretación, sino que se trata de un aspecto claramente establecido por la ley: *“Al ser ello así, la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional del amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio...”* (CSJ – FALLOS –P 361 XLIII. Padec c/ Swiss Medical, del 21 de agosto de 2013. Subrayado propio).

Como antes decía, hemos perdido casi cinco años discutiendo algo que estaba escrito en la ley con una claridad que eximía de cualquier interpretación. Repito la cita, porque es elocuente: *“...la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional del amparo...”*

La Ministra da cuenta de que esta larguísima discusión referida a la legitimación activa de las asociaciones para impulsar juicios de clase, ni siquiera debió comenzar porque la ley en un párrafo la concluye.

**VII Los montos en juegos**. Otro clásico error que venimos padeciendo quienes actuamos en acciones de clase a favor de usuarios y consumidores, está referido al monto de los reclamos. En este caso, es común que algunas sentencias rechacen la acción porque las sumas dinerarias involucradas en el pleito no son de menor cuantía; por el contrario, en algunos casos son cifras abultadas.

Pero, en mi opinión, también en el caso de los montos en juegos, parte de la doctrina y la judicatura está equivocando su interpretación del caso Halabi.

Se malinterpreta a la Corte Suprema cuando trata esa cuestión en el considerando 13 de Halabi. (Que se repite en el Considerando 10 de Padec c/ Swiss Medical. Veamos.

Considerando 13 Halabi). “...Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos...” (Halabi Ernesto c/ P.E.N. Ley 25873 dto.1563/04. El subrayado es propio).

Considerando 10 de Padec: *Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos..* (Padec c/ Swiss Medical – CSJ – Fallos P 361 – XLIII, del 21 de agosto de 2013)

La atenta lectura de estos considerando obliga a una interpretación coherente. La Corte, efectivamente, supedita la procedencia del reclamo colectivo a que el interés individual, por ser tan escaso, no justifique la promoción de una demanda. Pero, no es menos cierto que al cerrar el considerando aclara que esa condición no resulta aplicable cuando se está frente a reclamos que afectan –entre otras– a las relaciones de consumo y, en general, a grupos vulnerables o débiles.

Es decir, la Corte Suprema evalúa dos conceptos de relacionados con el acceso a la justicia:

- a) el interés individual afectado y su relación económica con una tramitación judicial;
- b) el grupo afectado y su vulnerabilidad.

Por el contrario, muchos veredictos consideran solo uno de esos elementos (la cuantía del reclamo) prescindiendo del segundo. (La vulnerabilidad subjetiva). Desde luego, esa omisión es deliberada porque la existencia del segundo requisito –impide rechazar la acción y esteriliza el argumento refractario de la legitimación de las ONG.

**VIII. Conclusiones.** Para evitar la enorme tentación de seguir con mis vacilaciones el camino iniciado por el Caballero Shandy, presento estas breves terminaciones que procuran concluir ordenadamente este trabajo y orientar al lector.

- 1) No deben confundirse las acciones de clase con los amparos colectivos;
- 2) Las acciones de clase en nuestro país están reguladas en la ley 24.240, específicamente en los artículos 54 y siguientes de la LDC;
- 3) Las ONG que actúan en defensa y representación de usuarios y consumidores están legitimadas para llevar adelante acciones de clase;
- 4) La legitimación activa les viene por imperio del artículo 55° de la LDC;

- 5) En distintos fallos la CSJ estableció que tres eran los elementos indispensables para la procedencia de las acciones de clase; a saber: a) causa única de afectación; b) interés trascendente de la esfera individual; c) favorecer el acceso a la justicia;
- 6) La Corte Suprema elaboró una doctrina sobre las acciones de clase que se inicia con Halabi en el año 2009, continúa con Cavalieri en el año 2012, y concluye con Padec, en agosto de 2013;
- 7) Es tarea de los jueces de instancia, colaborar para identificar perfectamente a la clase; asimismo los magistrados deben organizar métodos de notificación que sean eficientes para llegar a la mayor cantidad posible de miembros de la clase.

## Derecho de Seguros

### Una propuesta para la citación en garantía y la acción directa de la víctima contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil

Dr. Jorge Omar Frega

#### I.- INTRODUCCION:

La acción directa del tercero contra el asegurador es uno de los temas que más se ha debatido en nuestra doctrina del derecho de seguros. En particular lo fue por Isaac Halperín quien lo trató con la profundidad y rigor científico que sólo él podía esgrimir. Justamente su tesis doctoral galardonada con el premio “accesit” se tituló “La acción directa de la víctima contra el asegurado del responsable civil del daño” publicada a comienzos de la década del ‘40. Su visión adelantada que aún se mantiene vigente, es sin duda propia de una mente genial que se anticipó a su tiempo y que comprendió la problemática que se asomaba. Esa admiración nos ha movido a volver sobre esta temática que entiendo aún sigue vigente como la memoria del maestro. Por ello y en su honor, humildemente intentamos resaltar lo acertado de la institución de la acción directa con las características y alcances que le impuso el anteproyecto cuyo aniversario conmemoramos.

La redacción definitiva del artículo 118 de la ley 17.418 devino en la institución de la figura denominada “citación en garantía”.

El anteproyecto General de Ley de Seguros de Halperín en cambio establecía en su artículo 121 expresamente la “acción directa” “para cuyo ejercicio debe citar al juicio al responsable civil”.

En tal sentido y frente a diversidad doctrinaria suscitada respecto al verdadero carácter de “directa” de una acción condicionada a su ejercicio también contra el asegurado, fue sin dudas resuelto por la posición (sostenida principalmente por Barbato) que afirma que se trata de una acción directa “no autónoma”.

Entonces surge un “derecho propio” pero no autónomo sino nacido de la ley y del contrato de seguros.

Es por ello que la “citación en garantía” fundada básicamente en que el privilegio de la víctima instituido en idéntico artículo de la Ley de Seguros, tiene su antecedente en la “llamada a la causa” del derecho italiano, empero con un tratamiento diferente.

En efecto, la verdadera citación en garantía –como se ha sostenido reiteradamente– es la que efectúa el asegurado, mientras que la que ejerce la víctima es una verdadera acción directa que tiene como objeto condenar a la aseguradora en la misma sentencia que al responsable civil del daño.

Sin hesitación alguna el principal motivo de la norma en cuestión es la protección de la víctima y el cumplimiento acabado de la obligación de mantener indemne al asegurado en los términos del artículo 109 de la ley citada. Es claro que obligar al tercero dañado o al asegurado a promover un nuevo juicio por el cobro de las sumas condenadas en el proceso donde se discutió la responsabilidad de éste, ahora contra el asegurador, resulta un dispendio de actividad jurisdiccional, amén de impedir al asegurador participar directamente en el pleito. Todo sin perjuicio de considerar la excesiva demora que ello significa. El régimen establecido por el art. 118 de la ley 17.418 ha venido a resolver esa cuestión sin embargo existen algunas cuestiones que entendemos deberían volverse a analizar.

## II.- LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCION DIRECTA Y LA CITACION EN GARANTIA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE SEGUROS.

Para comprender más cabalmente cual es el sentido que quiso imponerle Halperín al instituto de la acción directa y en particular de la citación en garantía, podemos acudir a su

anteproyecto “expresión de motivos”, cual es la nota dirigida al Ministro de Educación y Justicia de la época. Allí resalta por un lado la función social del seguro de responsabilidad civil, destacando la importancia que ya había cobrado este contrato en la comunidad jurídica y cómo se había ya transformado en una herramienta inigualable para paliar las consecuencias disvaliosas de los daños sufridos por quienes introducen con su actividad un riesgo para la comunidad.

Por ello Halperín expresa: *“El seguro de la responsabilidad civil merece consideraciones más largas. He previsto su detallada reglamentación en dos secciones: la sección X, dedicada al seguro de la responsabilidad civil en general, y la sección XI, al seguro obligatorio de la responsabilidad por automotores.”*

Respecto de la acción directa el proyecto rescata la necesidad de agilizar el acceso de la víctima o tercero respecto de la relación asegurativa a fin que dar un cumplimiento más exacto a la mencionada función social de este tipo de seguros y, por otro lado, obtener el objetivo de mantener indemne al asegurado en forma más dinámica y cierta. En tal sentido nos dice: *“el reconocimiento a la víctima del daño de un derecho propio sobre la indemnización, con exclusión de los demás acreedores del asegurado, que hará valer con una acción propia y directa contra el asegurador. Se proyecta el régimen de esta acción, para obviar las dificultades de la eficacia de la sentencia que se dicte, de la defensa inoponibles por el asegurador, y su prescripción.”*

Podrá advertirse que el destacado autor ha incluido entre las “dificultades” que pretende “obviar” con la acción directa es el de las defensas oponibles por el asegurador. Ello supone que la inoponibilidad genérica de las defensas del asegurador contra el tercero víctima del daño pretendía evitar las dificultades que ello significan para obtener la indemnización. Resulta claro que no se trata de perjudicar al asegurador sino de permitir un sistema que le dé un acceso menos dificultoso al tercero titular de la acción directa, sin desconocer el derecho del asegurador de accionar contra el asegurado en caso de verse condenado cuando alguna defensa que no ha podido esgrimir lo exime de su obligación indemnizatoria. De hecho, como es conocido, dicha situación se da en los supuestos de las acotadas defensas inoponibles que estableció la ley 17.418 en su redacción definitiva.

El prestigioso autor explica en su conocida obra “Exposición crítica de las leyes...”: “El seguro de la responsabilidad civil suscita el problema de la acción directa de la víctima

contra el asegurador”. Luego de mencionar en su obra variados ejemplos de “acciones directas” del Código Civil (sublocación, arts. 1591 y siguientes, locación de obra, art. 1645, en la substitución del mandato, art. 1929, en la evicción, arts. 2096 y 2109, hipoteca 3110, el art. 4 de la Ley de Prenda Agraria, y el mismo art. 26 de la ley 928 de warrants que otorga acción directa a los acreedores privilegiados contra el asegurador de la cosa gravada).

Continúa diciendo que “la ley otorga esa acción directa toda vez que existe posibilidad o peligro de que el producto o subdeuda sea desviado de su destino lógico y natural.”

“Esta es una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de esa doble vinculación, que no depende de las partes apartar de sus contratos, porque el orden público se halla interesado en que se respete ese destino del crédito, que surge por imposición de la esencia de esas vinculaciones y a pesar de la voluntad de las partes”

A su vez Halperín resalta “el fin económico perseguido por las partes” y que el juez debe asegurar, aun cuando “no pueda alcanzarse en modo alguno tal como las partes lo expresan”

Finalmente concluye que “Ese destino lógico y natural, que la ley quiere asegurar, está dado por la vinculación estrecha entre ambos créditos, vinculación que en algunos supuestos llega a su condicionamiento o subordinación como en el seguro de responsabilidad civil”

### III.- LA CITACION EN GARANTIA EN EL ANTEPROYECTO:

Halperín implementó un sistema novedoso en nuestro país, inspirado en la solución que el derecho francés, alemán austríaco y suizo en Europa, y el mexicano en América, la acción directa. Dicha solución fue luego incorporada por otras legislaciones en forma expresa como la ley 50 de España entre otras.

Como en su origen histórico, la doctrina italiana, la acción directa del damnificado se asocia con su privilegio sobre la suma asegurada y por ello se trata en el proyecto (y también en la ley hoy vigente) en el mismo artículo (21 y 118 respectivamente).

Pero, además como lo reconoce el autor del anteproyecto, existía instituida la acción directa desde antigua data en nuestro país en la legislación laboral. En efecto, la ley 9688 había impuesto la acción directa sin imponer siquiera la obligación de demandar al asegurado (el empleador). Así la ley de accidentes de trabajo permitía que el trabajador demandara en forma directa al asegurador sin condicionamiento alguno.

Así el maestro la instrumenta en su anteproyecto de la siguiente manera: “Art. 121. — *El damnificado puede hacer valer su crédito sobre la suma asegurada y sus accesorios con exclusión de cualquier otro acreedor del asegurado, aun en caso de quiebra o de concurso civil.*

*El damnificado tiene una acción directa contra el asegurador responsable, que puede ejercer ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador, para cuyo ejercicio debe citar al juicio también al responsable civil.*

*El asegurador no puede oponer al damnificado ninguna defensa nacida del contrato o de la ley, anterior o posterior al hecho del que nace la responsabilidad, aun cuando se refiera a reticencia o falsas declaraciones del asegurado, o a la falta de pago de la prima, o a la quiebra o concurso del asegurado, sin perjuicio de su derecho contra el asegurado.*

*Se aplica a esta acción directa la prescripción del art. 4037, cód. civil. Cfr. Ley 9688; Austria, art. 127; Suiza, art. 60; Alemania, arts. 157 y 158C; Francia, art. 53; Méjico, art. 147.”*

Como se podrá advertir las novedades introducidas por el anteproyecto son varias.

Además del privilegio especial instaurado aun en caso de quiebra o concurso, se incorporó la “acción directa contra el asegurador” pero condicionada a la incorporación al juicio del asegurado, el responsable civil.

No se optó la figura de la “citación en garantía” como lo hizo la norma definitiva de la ley. Sin embargo, Halperín previó en su art. 120 que “ El asegurador asumirá la dirección de la litis promovida por el tercero, y cumplirá la condenación judicial civil la parte a su cargo en los términos procesales.”.

Ello significa que el anteproyecto otorgaba la acción directa al tercero y la dirección del proceso más la obligación de pago de la condena (en la medida del contrato). En suma el asegurador participaba del proceso judicial sólo en defensa del asegurado.

A lo cual se sumaba otra novedad, la imposibilidad de oponer frente al tercero las defensas nacidas del contrato de seguro o de la ley misma. Con lo cual el esquema del anteproyecto era claro y sencillo. El asegurador debía participar en el proceso junto a su asegurado, dirigiendo el proceso para garantizar una defensa técnica adecuada y luego debía cumplir la condena en la medida del seguro.

Este esquema fue alterado en la redacción final de la ley resultando un sistema "intermedio" donde el asegurador tiene participación directa cual es el de la citación en garantía (art. 118 de la Ley 17.418).

Conforme el texto legal vigente tanto el asegurado, como la víctima pueden "citar al asegurado" para que a este se le haga extensiva la condena civil en la medida del seguro. Pero, por su parte el asegurador puede oponer una importante cantidad de defensas contractuales y legales. Sólo quedan excluidas las nacidas después del siniestro. Sin perjuicio de la discusión respecto de lo que se considera siniestro (el hecho generador o el reclamo, -en caso de ser éste último las defensas inoponibles quedarían aún más acotadas-), lo cierto que las más importantes defensas que puede esgrimir el asegurador le son permitidas en dicho proceso.

Es dable destacar, que el mencionado esquema del anteproyecto original fue alterado no sin dañar su esencia seriamente. Es inevitable preguntarse cuál fue el motor de esa redacción prevista por el maestro. La respuesta indudable: priorizar el derecho y acceso de la víctima a la indemnización.

El siguiente cuestionamiento es: el régimen tal cual fue previsto por el anteproyecto pudo haber funcionado?. Es difícil saberlo. Entendemos que sin dudas habría alterado las bases técnicas en el cálculo del riesgo de este tipo de seguros y, por ende, las previsiones correspondientes. Seguramente también hubieran aumentado los costos por eventuales repeticiones que el asegurador se hubiera visto obligado a iniciar para hacer valer los derechos que no pudo oponer a modo defensa en el juicio que iniciara el damnificado.

Se esta cuestión se ha ocupado tangencialmente la Suprema Corte de Buenos Aires al expresar: "Desde este cuadrante repárese que el seguro tiene una doble finalidad de solidaridad social, por un lado, reparar integralmente a las víctimas, y por el otro, preservar el patrimonio del condenado, evitando colocarlo en una eventual situación de penuria económica. Permitir el encarecimiento del proceso que soporta el y al prohibirle recurrir fallos injustos -efecto reflejo de la tesis restrictiva- implica la posibilidad del aumento del costo de las primas que afecta a la institución del seguro y al interés general. (Ac. 59.366, "Centeno, Julio C. contra Ponzio, Horacio. Daños y perjuicios" del 10/07/97)

#### IV.- LAS EXCEPCIONES INOPONIBLES – LA SITUACION DE LA JURISPRUDENCIA:

La solución optada por el anteproyecto resulta claramente mejor a la finalmente aprobada en la ley 17.418. Por supuesto que no se nos escapa que se trata de una evaluación de prioridades, como siempre lo son los institutos jurídicos. Así si se opta por darle mayores garantías a los aseguradores e indirectamente a la mutualidad de asegurados que ellos representan, resulta más conveniente la inoponibilidad acotada que impone la ley en vigencia.

Ahora bien, si se prioriza el privilegio del tercero damnificado, función social del seguro de responsabilidad civil y la mayor accesibilidad a la indemnización, sin dudas la inoponibilidad de todas las defensas instituída por el mencionado proyecto es la más hábil para cumplir con esos fines.

La evolución del derecho de seguros, y en particular de la responsabilidad civil han llevado a extender esta forma de aseguramiento de un modo inimaginable. Ello no sólo en la actividad comercial e industrial, sino también a la de la vida diaria de la comunidad en general, como por ejemplo la social y deportiva.

Todo ello lo podemos advertir en la evolución de la jurisprudencia. En nuestra provincia de Buenos Aires podemos detenernos puntualmente en el recorrido que efectuó la Suprema Corte respecto de la posibilidad de apelar la sentencia el asegurador en los procesos civiles donde fue citado en garantía. Allí el Alto Tribunal provincial analizó el supuesto en que el asegurado no apelara la sentencia y si pretendía hacerlo la aseguradora. Sin perjuicio de la solución que finalmente adoptó (Ac. . 55.654; Ac. 57.260, ambas sentenciadas el 17-X-95; Ac. 56.675, sent. del 24-X-95 y 59.366, sentencia del 10/07/97), en un momento utilizó un criterio restrictivo de las facultades procesales del asegurador en el proceso de daños y perjuicios (Ac. 43.703 del 7 de mayo de 1991 en "Rivero, Ernesto contra Raposi, Felipe. Daños y perjuicios"). A tal punto que algunos tribunales locales, basándose en ésta última y transitoria jurisprudencia, llegaron a restringir la prueba que podía ofrecer en la medida que no se relacionara con las defensas que puede oponer.

De todos modos tanto la jurisprudencia restrictiva, la que volvió a un "criterio amplio" de participación de la aseguradora en el proceso de daños y perjuicios, siguieron sosteniendo los mismos fundamento sustanciales.

En efecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que “entre la aseguradora el tercero damnificado no media ningún nexo, ya que la relación obligacional que vincula a éste y el asegurado y la relación contractual que hay entre asegurado y la aseguradora son, entre sí, absolutamente independientes y sólo enlazadas por el sistema instituido por la ley 17.418 (Ley de Seguros); por ende el asegurador es llamado a juicio para cumplir con la prestación debida a su único acreedor, el asegurado, y no se constituye en deudor del acreedor de su acreedor. Se agregó en este sentido, que el contrato de seguro no constituye una estipulación en favor de terceros (art. 504, C.C.), porque es celebrado en interés del asegurado, no existiendo ninguna acción directa en cabeza del tercero respecto del asegurador. No estando éste potenciado para oponer defensas que hace a su legitimación pasiva, es decir, aquellas anteriores al siniestro, resultantes del contrato de seguro. Se señaló también en el mismo orden de pensamiento que entre la aseguradora - citada en garantía- y el asegurado no existe un litisconsorcio pasivo necesario, sino más bien, un litisconsorcio pasivo facultativo, aunque con algunas notas diferenciales; por ende, cuando la aseguradora responde a la citación, no tiene que replicar los hechos alegados por el actor, ni el derecho que dice asistirle, pues la relación víctima-asegurado le es totalmente ajena, ya que no es parte formal ni sustancial de ella (Ac. 43.703; Ac. 44.735; Ac. 45.924; Ac. 54.097; entre otros). Tratando de neutralizar tan respetables argumentos, importa puntualizar que en puridad de verdad no existe tal independencia entre el tercero y el asegurador, habida cuenta que aquél trae “obligadamente” a éste -en realidad no se trata de una obligación sino de una carga- y, una vez obtenida su condena, está potenciado para ejecutarlo en forma directa. Por otro lado, la aseguradora no puede -en principio- oponerle al tercero damnificado ciertas defensas, que podría sin embargo haber puesto en marcha frente a su cocontratante, el asegurado. Con respecto a la supuesta “independencia” entre ambos colitigantes importa dejar en claro que la citación en garantía incoada por el tercero implica el ejercicio de un derecho propio del damnificado que cierra el circuito tripartito de vínculos. Y ese derecho se apoya en dos presupuestos: a) un contrato -de seguro- del que arranca el tercero para traer al asegurador al proceso, ligamen éste en el que se ha convenido una obligación -a cargo del asegurador - que tiene por objeto una prestación de doble indemnidad: el asegurador debe mantener indemne al asegurado en la medida de la deuda al tercero, y la forma de poner en juego esa “indemnidad”, es la extinción de la deuda

para reparar el daño concreto; y b) una deuda de responsabilidad que da origen a la exigencia de actividad del asegurador, que tiene en miras evitar que el asegurado sufra un perjuicio concreto en su patrimonio (Barbato, Nicolás, cit., pág. 169). Desde esta vertiente, fácil es colegir que la obligación del ente asegurador frente a terceros viene a ser la misma que frente al asegurado (Barbato, Nicolás, cit., pág. 168). Otro de los argumentos esgrimidos por esta Corte que sirve de pilastra a la tesis restrictiva, es que el contrato de seguro no constituye una estipulación a favor de terceros, andamiaje argumental que no comparto porque sin entrar en cuestiones ateneístas, lo cierto es que el asegurador, para mantener indemne al asegurado, se compromete a pagar la indemnización que en definitiva se constituye en una ventaja a favor del tercero, que éste puede usar (Barbato, Nicolás, cit., pág. 170). También sostuvo este Tribunal en los fallos aludidos, que la citada en garantía sólo puede oponer todas aquellas defensas que hacen a su legitimación pasiva, es decir aquellas anteriores al siniestro. No coincido con tal parecer, pues -en mi opinión- la aseguradora puede estar potenciada (según los casos) para oponer todo tipo de defensas, salvo las nacidas luego del siniestro (art. 118, ley 17.418); ello así resultando o no del contrato de seguro (Morandi, Juan C.F., "Estudio de derecho de seguros", pág. 422) y, por consiguiente, podría oponer -si fuera el caso- las atinentes al hecho motivador de la responsabilidad (Soler Aleu, Armando, "El nuevo contrato de seguro", pág. 256). Por último se expresa en los precedentes de esta Corte antes referidos, que no existe un litisconsorcio pasivo necesario entre el asegurado y su asegurador, argumento que comparto, pero ello no permite negarle al último aptitud impugnativa, ya que como más adelante trataré de demostrar, estamos en presencia de una citación coactiva que implica una intervención obligada del asegurador en los términos de los arts. 94 a 96 del Código Procesal Civil y Comercial (recuérdese que técnicamente debe hablarse de "carga" y no de obligación).

Por su parte, la Corte de Justicia de la Nación fijó las pautas a las que luego la Suprema Corte bonaerense adhirió pero sin renunciar a su criterio sino al solo efecto de evitar contradicciones jurisdiccionales. Así se siguió lo que había "señalado la Corte Suprema de la Nación en el caso "Lanza Peñaranda" y en los posteriores ya citados que: "la relación constituida entre el demandado y su asegurador genera a favor de éste una legitimación procesal que la faculta -con autonomía de la actitud seguida por aquél- para recurrir un pronunciamiento adverso, toda vez que el gravamen que como presupuesto requiere dicha vía de impugnación, está dado desde el punto de vista subjetivo para todos aquellos a quienes alcanza los efectos de la cosa juzgada de la defensa" (cons. 7mo). Agregó

el más Alto Tribunal de Justicia de la Nación en el fallo prenombrado: "Que, en efecto, al reconocer al damnificado la facultad de "citar en garantía" a la asegurador del demandado y, como consecuencia, propagar respecto de la citada los efectos de la cosa juzgada y establecer que la sentencia condenatoria será ejecutable contra dicha parte, el art. 118 de la ley 17.418 no se ha limitado a instituir un mero llamado a la causa del asegurado, sino que con abstracción del nomen juris utilizado, ha legitimado al actor para acumular a la pretensión deducida contra el responsable otro reclamo de idéntico objeto contra el asegurador (Fallos: 308:852)" (cons. 4to). "Que, por otro lado, la accesoriedad de la obligación de garantía asumida por la recurrente respecto de la prestación adeudada por el asegurado no constituye un fundamento eficaz para restringir las facultades procesales de la aseguradora, pues el eventual débito de responsabilidad en cabeza del demandado repercutiría en forma directa e inmediata sobre un interés personal y originario de la aseguradora, que deberá afrontar con su patrimonio la obligación estructural del seguro de responsabilidad civil consistente en mantener indemne al asegurado (art. 109 de la ley 17.418)" (cons. 5to). Que, además, el carácter personal del interés defendido por la aseguradora es objeto de una especial protección dentro del sistema de la ley de seguros, pues no sólo el asegurado tiene deberes en relación con su defensa en juicio, sino que se le veda la realización de actos de disposición del objeto procesal en tanto cuenta con la expresa prohibición legal de reconocer su responsabilidad de transar (art. 116), lo cual lleva a considerar que dentro de la estructura del régimen legal asiste a la aseguradora todo el conjunto de cargas, deberes y facultades procesales contemplados por el ordenamiento ritual para las partes" (cons. 6to). Los argumentos expuestos en el precedente citado, además de ser ampliamente contundentes, surgen de la Corte Suprema nacional que tiene efectos por lo menos de vinculación moral hacia tribunales inferiores, sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal (C.S.N., Fallos, 212:160; 212:253; 256:28; 259:159; 261:173; 270:176, etc.)."

Empero, quedó subyacente en el ánimo de la Corte provincial que la redacción actual del art. 118 no era la figura más apropiada, lo que significa otro argumento a favor del texto propuesto por el anteproyecto de Halperín.

Es claro, que la citación en garantía ha generado dudas respecto de su naturaleza que llevaron a la jurisprudencia contradictoria y a conflictos, en muchos casos innecesarios.

Por su parte, respecto de las defensas oponibles al damnificado, en forma más reciente surgió una nueva corriente jurisprudencial relacionada con la franquicia o

descubierto obligatorio. Esta devino en un conflicto interpretativo entre la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la Corte Suprema de la Nación.

En tal sentido el plenario de la mencionada Cámara de Apelaciones sostiene: “El Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido. El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista.-“

Esta es sin dudas una declaración de principios jurídicos que enmarcan toda la construcción del fallo para terminar declarando la “inoponibilidad” de la franquicia o descubierto obligatorio al damnificado. Se trata claramente de un apartamiento del régimen del art. 118 y concordantes de la ley 17.418. La franquicia es una “defensa oponible” en los términos de la ley y declarar “inoponibilidad” es abrir una brecha importante en la estructura del sistema de la “citación en garantía”, más precisamente en el esquema de participación del asegurador en el proceso al que es citado. En efecto, conforme el plenario, ya no todas las defensas nacidas antes del siniestro son oponibles.

Pero llamados a analizar las excepciones al principio de las “defensas oponibles por el asegurador” conforme el texto legal podemos encontrar otras atenuaciones jurisprudenciales al mismo:

- La imposición de la relación de causalidad como requisito en los casos de agravación del riesgo o de reticencia que no son exigidos por la ley.
- La imposición de mayores cargas probatorias al asegurador para acreditar las defensas (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I del Dep. Jud. Morón, Pcia. Bs.As. in re “Zurita Galarce, Marçia del Rosario C/ Maggio, Carlos A. s/ Daños y Perjuicios, R.S. 74 17/05/07).
- En general la mayor restricción interpretativa respecto de la configuración de exclusiones de cobertura y la aplicación de las normas del derecho del consumidor en el seguro.

#### V.- LA OBLIGACION DE ACCIONAR TAMBIEN CONTRA EL ASEGURADO:

Hemos dicho que la acción de la víctima es directa pero requiere que se demande al asegurado, de allí que se sostenga que no es autónoma. También es conocido que el derogado régimen de la ley 9688 eximió al obrero damnificado por un accidente de trabajo de la necesidad de accionar contra el asegurado para hacerlo contra el asegurador de éste. Fuera de esa excepción, ya inexistente, el sistema no tuvo variantes. No nos detendremos en el régimen de la Ley de Riesgos de Trabajo ya que como surge de su mismo plexo normativo no nos encontramos frente a un verdadero seguro de responsabilidad civil (en igual sentido se expidió Barbato)

Ahora bien, cuál es el motivo de la obligación de la víctima de accionar contra el asegurado para accionar contra el asegurador?. En general, se ha sostenido que se funda en la protección de los derechos del asegurador y en la naturaleza misma de la figura establecida por el artículo 118, la citación en garantía. Esto último debido a que no puede haber citación de un "tercero" que preste "garantía" asegurativa si no existe un "principal" demandado.

Respecto de los derechos del asegurador cabe hacer las siguientes reflexiones:

a.- El asegurador se presenta al proceso con el objeto de ejercer su derecho de defensa y eventualmente hacer valer las que le son propias (nacidas del contrato y con los alcances del artículo 118 y sgts.) y las de su asegurado (conforme ya lo ha admitido pacíficamente la jurisprudencia \* y emana de la ley). Que el asegurado deba ser demandado necesariamente no impide de modo alguno el ejercicio de esos derechos, excepto cuando exista conflicto de intereses entre las partes del contrato de seguro, supuesto en que el asegurado será el interesado en participar del proceso y el asegurador se encuentra siempre facultado a hacerlo.

Que se accione contra el asegurado no resulta en todos los casos garantía alguna para el asegurador. Es más aún, puede ser en muchos casos una verdadera carga para el asegurador como lo indica la práctica del foro.

b.- Respecto de la supuesta necesidad que exista un demandado “principal” para que haya un “citado en garantía” no es más que una cuestión nominal. Como ya se expresara hay una verdadera acción directa, cuya autonomía funcional fue impedida en aras de un estricto respeto a la “naturaleza” jurídica de la relación del tercero con la aseguradora que encuentra su hilo conductor en el asegurado. Por supuesto que la víctima acciona en la medida del contrato de seguro y con tal limitación responde el asegurador, pero como es sabido, ese límite no es absoluto. Así, el asegurador no puede oponer las defensas nacidas con posterioridad al siniestro. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de repetición posterior contra el asegurado, significa una importante excepción a la regla antes descripta.

c.- Resulta más considerable el argumento de la indemnidad patrimonial. Según este, el motivo del ejercicio obligatorio de la acción contra el asegurado para demandar al asegurador resulta del hecho que la amenaza al asegurado de sufrir un perjuicio patrimonial se exterioriza con el reclamo. Entonces, si el reclamo es judicial, el riesgo se concreta con la demanda al asegurado, y dejaría de existir cuando no se acciona contra él.

Fuera de la situación particular del denominado “siniestro” en el seguro de responsabilidad civil y la siempre reabierta discusión sobre cuando se produce frente a los seguros que incluyen la cláusula “reclamación” este argumento no resulta eficaz.

Como estudiáramos con Barbato y siguiendo a Halperín: *“Es que la índole de la prestación comprometida por el asegurador (prestación de indemnidad), contenida en el contrato de seguro de la responsabilidad civil, implica, por su propia naturaleza, una estipulación a favor de un tercero damnificado: el asegurado, estipulante, pacta con el asegurador, promitente, una prestación, que hemos llamado de “doble indemnidad”, por cuanto a la vez que indemniza al tercero damnificado mantiene indemne al asegurado.”*

*“A la afirmación – correcta en principio- que sostiene que el asegurador contrata la cobertura asegurativa para sí y no para un tercero, se le ha dado una interpretación, según consideramos, que no se ajusta a la real naturaleza de esta especie de seguros: no se trata, en efecto, de un seguro “por cuenta de un tercero” (arts. 21 y ss, LS); simplemente se hace referencia a que en ese contrato, existe una estipulación que va a constituir una “ventaja” para un tercero, que lo va a beneficiar a éste”*

El asegurador en frecuentes casos abona la indemnización antes que exista un reclamo judicial y, a veces, para mayor diligencia, lo hace aún antes de un reclamo extrajudicial al asegurado. Ese pago no carece de causa y es totalmente válido, más, es querido por la ley y el contrato. Por lo tanto carece de significado obligar al tercero a demandar al asegurado cuando el objetivo del seguro de responsabilidad civil consiste en mantenerlo indemne y por ende, lo más alejado posible de las consecuencias del hecho dañoso. Participar de un proceso como demandado siempre tiene un “costo” directo o indirecto que si no fuera impuesto por la ley, podría ser suplido en muchos supuestos con la colaboración que el asegurado debe brindar al asegurador para que este actúe en el pleito judicial.

Por cuestiones quizás de política legislativa la ley ha llamado “citación en garantía” a lo que es una acción directa. Por iguales fundamentos ha impuesto la obligación de demandar también al asegurado para poder demandar al asegurador. Será tiempo de revisar ese criterio.

### III.- LA ACCION DIRECTA EN EL DERECHO COMPARADO:

La ley española ha optado por la acción directa con el siguiente texto de su artículo 76 *“El perjudicado o sus herederos, tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste o daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia de contrato de seguro y su contenido.”* (Ley 50/1980).

El legislador español ha optado por privilegiar claramente al tercero reforzando la función social del seguro de responsabilidad civil. Ha ido más lejos que nuestra ley y no sólo consagró la acción directa, la dotó de inmunidad frente a las defensas que pueda oponer el

asegurador, excepto, por supuesto, a las sustanciales, las que hacen al grado de responsabilidad del asegurado o la víctima en la producción del evento dañoso.

La doctrina española, no obstante, se ha ocupado de morigerar el principio declarando la oponibilidad a terceros de las delimitaciones objetivas del riesgo. (STSJ de Navarra 2/2/95, Ponente: Sr. Rodríguez Ferrero. Ar. 1463). Pero, a su vez, en modo alguno pierde de vista su naturaleza y como lo sostiene Blanco Giraldo. *“El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados, que ampara a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes...”*. Ello es, reconoce la función “bifronte” de este tipo de seguros.

Por su parte Francia instauró por medio de la ley 1913 la acción directa, habiéndole otorgado la jurisprudencia de ese país el carácter de norma de orden público

Algo similar puede observarse en el Código de Comercio de Colombia.

Por su parte la legislación de Bolivia ha optado por una acción directa que adquiere autonomía para ciertos supuestos excepcionales que son aquellos en que resulta dificultoso o imposible demandar al asegurado.

Nuestro sistema, el de la citación en garantía, tal fue concebido tiene su paralelo en la ley paraguaya.

Como podemos advertir en las notas de la excelente obra antes citada, existen distintas teorías para justificar la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, a saber:

- Delegación. En Francia, Colin y Lyon-Caen y una parte de la jurisprudencia de las cortes de apelación y entre nosotros Anastasi (JA 3-50) y un fallo de antigua data de la Cámara Nac. Comercial (6/12/1926, JA 25-999) han aceptado que existe una delegación legal.
- Teoría de Darras y Tarbouriech, para los que la obligación del asegurador es un hacer: relevar al asegurado de su responsabilidad y solo la cumple satisfaciendo a la víctima (Annales de Droit Commercial”, 1889)
- Extensión analógica de las reglas del reaseguro, sostenida en la doctrina italiana por Lordi, si bien se ha dicho que el reaseguro es una forma de seguro de responsabilidad, contractual, es inaplicable en nuestra

legislación ya que justamente prohíbe la acción directa del asegurado contra el reasegurador.

- Un contrato o estipulación a favor de un tercero- La sostienen Josserand en la doctrina extranjera y Arturo Acuña Anzorena en una nota de JA 53-53. Esta doctrina fue aceptada por la Suprema Corte de nuestra provincia en fallo del 6/12/1966 (ED 17-835)
- Una acción oblicua con la peculiaridad de que su producto no se incorpora al patrimonio del asegurado, sino que la víctima apropia directamente. La jurisprudencia italiana la aplica para los supuestos de quiebra del asegurado.

#### IV.- LA ACCION DIRECTA Y LA CITACION EN GARANTIA EN NUESTRA JURISPRUDENCIA.

Sin perjuicio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de la Nación antes referidas, existen dos marcadas corrientes en nuestros tribunales. Una tendiente a reconocer en la citación en garantía una verdadera acción directa “no autónoma” y por otra parte diferentes fallos que no le reconocen tal naturaleza.

En el primer sentido se han pronunciado sosteniendo que “La citación en garantía que autoriza el art. 118 , LS, si bien tiene los alcances de una acción directa, no es autónoma, y, por lo tanto no puede ser ejercida por el tercero damnificado en contra del asegurador en las mismas condiciones que otra que no tenga esa restricción y, al contrato, sólo parece factible su promoción cuando se cumplen los supuestos previos que así lo permiten.(SCBA, DJBA 26/4/1983, 126-354, ED 107-205; DJBA 28/12/1995, 150-2470). En semejante sentido se pronunció el Tribunal Superior de Córdoba en 20/08/1992 (LL, Córdoba 1993-2599)

Por la negación del carácter de acción directa de la citación del art. 118 de la ley 17.418 se ha dicho que se trata de un mero resorte procesal que habilita al demandado y al damnificado a traer obligadamente al asegurador al juicio donde se debate la responsabilidad de su asegurado con cierta amplitud defensiva (excepto la inoponibilidad de ciertas defensas, las nacidas después del siniestro) con la consecuencia de extender una eventual sentencia al asegurador en la medida del seguro. (S.C.B.A. 28/12/93 DJ 1994-2-33; DJBA 146-1508; 22/2/94 ED 157-619, entre otros)

## V.- UNA PROPUESTA DE MODIFICACION LEGAL – LA VUELTA AL ANTEPROYECTO Y LA ELIMINACION DE LA OBLIGACION DE DEMANDAR TAMBIEN AL ASEGURADO:

Halperín, nos ha enseñado por medio de su anteproyecto el verdadero sentido de la acción directa: facilitar al damnificado el acceso a la indemnización eliminando la mayor parte de las “dificultades” (en palabras del autor) para lograr ese objetivo. Las, a nuestro entender, políticas legislativas, han variado ese criterio al aprobar y mantener inmodificado el texto de la norma del art. 118.

Podemos leer en la obra del profesor homenajeado: “Hay un error en afirmar que el orden público no está interesado en esta solución. La sociedad tiene un interés primordial en asegurar a la víctima el resarcimiento rápido e integral. “

“La desaparición o inutilización económica de un jefe de familia -o de un miembro de ella- importa la pobreza y aun la miseria para un grupo, con todas las consecuencias que implican.”

“Además, al Estado -y a la seguridad jurídica que él organiza- no puede serle indiferente el espectáculo del derecho de la víctima insatisfecho por la pasividad del asegurador, o por el desastre de su patrimonio, o defraudado por la colusión con asegurador, o por la distracción de la suma asegurada del fin asignado.

“La subversión que producen estos hechos, así como el peligro social que crea el desamparo del siniestrado, o de quienes de la actividad económica de la víctima, comprometen el interés social, el orden público.”

Y concluye esclarecedoramente: “El estado contemporáneo no permanece impasible ante esos hechos. Si en el orden contractual la doctrina señala una tendencia hacia la “publicización” de los contratos, en esta materia esa evolución se ha cumplido.

Respecto de la obligación de demandar al asegurado para poder accionar al asegurador, vale recordar que, conforme nos enseñara el Profesor Barbato, el instituto de la citación en garantía previsto por el art. 118 de la ley 17.418 configura una acción directa no autónoma.

Por todo lo expresado, creemos que eliminar la exigencia de demandar al asegurado como requisito para accionar contra el asegurador no encuentra obstáculo jurídico alguno y por el contrario, implicaría un modo de cumplir más acabadamente con el objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil.

La obligación de demandar al asegurado tenía más sentido en el anteproyecto de Halperín, donde no existía la citación en garantía. Así, tanto la función de mantener indemne al asegurado, como la de indemnizar a la víctima se ven favorecidas eliminando la imposición de demandar a aquel. Ello no obsta que el asegurado pueda ser traído al proceso por el asegurador cuando éste lo requiriese, de considerarlo necesario. Pero en este supuesto será su carga impulsar su comparencia. Por supuesto tampoco nada impide que la víctima lo demande voluntariamente.

Por ello sostenemos que una modificación legal en tal sentido permitiría adaptar la normativa a la verdadera naturaleza del contrato y del concepto de la denominada “acción directa”.

---

\* Cámara Nac. Civ. Sala C, 1/11/90, Sala C, 20/11/69, ED 34-358, Sala B 19/3/70, Ed 34-280, sala E, 5/3/71 ED 38-570.

#### Bibliografía:

Barbato, Nicolás H. “La citación en garantía del asegurador”, ED 150-169, parágrafo VI. Bs. As. 2001.

Halperín, Isaac, “Seguros” 3ra. ED. Actualizada por Nicolás H. Barbato, Bs. As. 2001. y el “Anteproyecto de Ley General de Seguros”. Bs. As. 1959.-

Blanco Giraldo, Fernando L. “La Ley de Contrato de Seguro en la Jurisprudencia y en la Doctrina Judicial”, E. Dykinson. Madrid 1999.

Código de Comercio de Colombia, Ed. Temis, Bogotá, 1970.

Código de Comercio de Bolivia, Ed. Los Amigos, La Paz, 1979.

Ley de Seguros de España, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1981.

## Derecho Internacional Privado

### La tutela procesal diferenciada de los niños: un nuevo ejemplo en el “caso Mendoza”

Eloísa B. Raya de Vera<sup>1</sup>

#### I.- Consideraciones fácticas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en un fallo fechado el 14 de Mayo de 2014, volvió a reafirmar los principios que sentara con respecto a los derechos de los niños.

Ciertamente, el caso “Mendoza y otros vs. República Argentina” nuevamente analiza el supuesto de derechos de niños y adolescentes vulnerados por el sistema estatal argentino (penitenciario y judicial), al haberse condenado a perpetuidad a 5 personas por la comisión de diversos ilícitos siendo menores de edad; por ejercer tortura en el ámbito carcelario y, no permitir la revisión de los hechos después de la sentencia de Cámara, entre otros argumentos.

Las víctimas de la violación de derechos humanos (César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández) eran niños excluidos desde temprana edad. Crecieron en barrios marginales, de padres ausentes, en situación de calle, con una mínima escolaridad y bajo el influjo de la droga. Desde pequeños tuvieron contacto con la comisión de ilícitos y su infancia transcurrió casi íntegramente en Institutos de Menores.

Por la comisión de diversos delitos no habiendo cumplido la edad de los 18 años (robo calificado, lesiones graves, homicidio calificado), fueron condenados a prisión y reclusión perpetua. Asimismo, durante la etapa de cumplimiento de la condena, Ricardo David Videla

---

<sup>1</sup> Abogada (Diploma de Honor), Magister en Relaciones Internacionales (FLACSO-San Andrés), Profesora Titular concursada de Derecho Internacional Privado y de la Integración (UM), Directora del Instituto de Derecho Internacional (CASM)

Fernández murió ahorcado y todos fueron sujeto de torturas y tratos inhumanos y degradantes.

## II.- Consideraciones jurídicas

El interés superior del niño: La Corte IDH dispuso, en el caso en análisis, que la República Argentina incumplió con el art. 7.3<sup>2</sup> de la Convención Americana al condenar a los actores a penas de prisión y reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menores de edad.

En efecto, el fallo califica de “arbitrarias” estas penas atendiendo primordialmente al interés superior del niño.

Según lo estipula la Convención sobre los derechos del niño, toda medida vinculada a menores debe tomarse atendiendo a su interés superior<sup>3</sup>.

Podría definirse este interés como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada<sup>4</sup>.

En virtud a ello, los niños tienen “derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”<sup>5</sup>.

La Corte es aún más amplia al manifestar que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”<sup>6</sup>

Atendiendo especialmente al caso “Mendoza”, la aplicación del interés superior lleva a no admitir penas privativas de la libertad perpetuas, ya que ello implicaría negarle al niño su posibilidad de desarrollarse plenamente, de modificar su formación y poder reinsertarse a la sociedad exitosamente.

---

<sup>2</sup> Art. 7.3: Derecho a la libertad personal: nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

<sup>3</sup> Conf. Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”

<sup>4</sup> WEINBERG, Inés, Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002.

<sup>5</sup> Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 65, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 126.

<sup>6</sup> *Cfr.* Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 126.

Ello no significa que no pueda imponerse penas a los niños cuando han cometido delitos y así se ha comprobado, sino que esas penas deben atemperarse lo suficiente como para no truncar la posibilidad del desarrollo integral futuro.

Como lo confirma la Corte IDH, para la fijación de las penas a adolescentes, debe atenderse al principio de proporcionalidad, de modo que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegro a su familia y/o sociedad.

El art. 37 inc. b de la Convención de los derechos del niño confirma el principio de la proporcionalidad al establecer que “los Estados Partes velarán por que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Introduciéndonos en el análisis del art. 37 de la Convención de los derechos del niño, normativa esencial para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil y que ha sido fundamental para justificar la condena de la República Argentina en el asunto “Mendoza”, es pertinente mencionar que este artículo consagra (además de lo ya explicado en párrafos precedentes) un esquema de protección particular en la etapa de ejecución de la condena a niños.

Veamos el supuesto del inc. a: esta norma exige que los niños no sean sometidos a torturas ni tratos inhumanos y degradantes durante su privación de libertad. Si nos dirigimos al caso “Mendoza” aquí analizado, la Corte IDH señala dos situaciones: por un lado, el encierro prolongado en condiciones totalmente inhumanas que sufrió una de las víctimas (encierro por más de veinte días en una habitación muy estrecha, sin ventilación ni baño ni colchón) y por el otro, la utilización de la “falanga” (una especie de tortura) sobre otras de las víctimas.

El inc. c del art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño agrega a este esquema el derecho del niño que ha sido privado de la libertad, a ser separado de los adultos. Este derecho, según lo dispuso la Corte IDH también fue violentado en el caso de una de las víctimas, quien fue alojado en el pabellón de máxima seguridad con adultos, aun siendo menor de edad.

La última parte del art. 37 (inc. d) consagra un derecho aditivo especial para los menores que han recibido condena, consistente en la revisión periódica de las penas. En efecto, los niños que recibieron condena tienen, además del derecho de recibir la pena más breve posible, el derecho a que esa pena sea constantemente revisada.

La cuestión de la revisión también fue analizada por la Corte IDH en el caso “Mendoza” llegando a la conclusión de que la República Argentina también violentó este principio al rechazar el Tribunal Oral los recursos extraordinarios y de queja presentados por el Defensor. Asimismo, la Argentina infringió el art. 8.2<sup>7</sup> de la Convención Americana que regula el derecho humano a recurrir un fallo condenatorio<sup>8</sup>.

La tutela procesal diferenciada de los niños: El sistema particular que se viene describiendo configura, sin dudas, una “tutela procesal diferenciada”, es decir, un trato procesal de privilegio, ya que ciertas notas típicas del proceso ceden en favor de un interés superior<sup>9</sup> (en este caso el interés superior del niño).

Ciertamente, para el supuesto de niños y/o adolescentes privados de su libertad: a) se flexibiliza y relativiza el principio de preclusión; b) se produce la apertura de la

---

<sup>7</sup> Art. 8.2 de la Convención Americana: Garantías judiciales... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...inc h) derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior...”

<sup>8</sup> Conf. RAYA DE VERA, Eloísa, El derecho humano a recurrir un fallo condenatorio: el caso M. vs. Argentina, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XV, Número 6, Junio de 2013, pág. 233.

<sup>9</sup> BERIZONCE, Roberto Omar, Tutelas procesales diferenciadas, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

admisibilidad y trámite de los recursos extraordinarios; c) se aplican las reglas de la carga dinámica de la prueba y, d) se atempera el principio de congruencia, entre otras medidas.

Veamos cada hipótesis: a) Flexibilización del principio de preclusión: los niños que forman parte del sistema penal juvenil tienen la posibilidad de la reproposición de las pretensiones u oposiciones<sup>10</sup>. En general, se atempera el principio de la instrumentalidad y se rechaza el exceso ritual, ya que el aseguramiento de la tutela de los derechos sustantivos de linaje constitucional impone el abandono o flexibilización de ciertas reglas técnicas<sup>11</sup>. En el caso aquí en estudio puede observarse como las víctimas interponían un habeas corpus y otra serie de reclamos en cualquier papel y sin ningún rigorismo y eso no obstó para su tratamiento.

b) Apertura de la admisibilidad y trámite de los recursos extraordinarios: como bien se expresara anteriormente, los niños privados de la libertad tienen la posibilidad de que sus penas sean constantemente revisadas a fin de obtener su libertad lo más pronto posible. Este derecho, no sólo está consagrado en la Convención Americana sino también en la Convención de los Derechos del Niño.

c) Reglas de la carga dinámica de la prueba: hace un tiempo ya, la doctrina y la jurisprudencia vienen aceptando el principio de que la carga probatoria no es aquella parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla<sup>12</sup>.

La Corte IDH en el fallo “Mendoza” utiliza este lineamiento cuando considera probada la existencia de tratos inhumanos y degradantes sobre las víctimas, basándose esencialmente en que el Estado (que se encontraba en mejores condiciones de probar) no dio una explicación satisfactoria<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> BERIZONCE, Roberto Omar, op. cit. 9

<sup>11</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, C., *Do formalismo no processo civil*, Saraiva, Sao Paulo, 1997, pag. 169 y ss.

<sup>12</sup> PEYRANO Jorge y LÉPORI WHITE Inés, *Cargas Probatorias Dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.

<sup>13</sup> La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y

d) Principio de congruencia: la flexibilización de la congruencia alude a una particular elasticidad en orden a la valoración de las pretensiones por parte del juez en una sentencia, en la búsqueda de una solución equitativa<sup>14</sup>.

En el caso “Mendoza”, la Corte IDH, reiterando esta posición flexible, admite conceder una indemnización por daño emergente a los familiares de las víctimas, en razón de la equidad, a pesar que de las actuaciones no se desprendía prueba suficiente para acreditar un daño material.

### III.- Las reparaciones

En cuanto a las reparaciones, el fallo “Mendoza” es bastante rico, ya que consagra diversas modalidades. Asimismo, sigue conservando ciertas afirmaciones tradicionales.

Así por ejemplo, inicia el esquema de reparaciones reiterando la doctrina de la reparación integral. De ese modo, confirma el imperativo establecido en el art. 63.1<sup>15</sup> de la Convención Americana y la costumbre consagrada a partir del caso de la Corte Internacional de Justicia “Fábrica de Chorzow”.

La Corte IDH, en el fallo en análisis, admite reparaciones del tipo pecuniarias y no pecuniarias. Dentro de la categoría “no pecuniaria” y con el objeto de generar un importante impacto social y repercusión pública en el Estado condenado<sup>16</sup>, ordena la publicación de la sentencia en diversos medios.

Asimismo, y como consecuencia de los valores de efectividad y eficacia de los derechos humanos que guían el sistema de protección interamericano<sup>17</sup>, la Corte IDH ordena al Estado infractor investigar los hechos que pudieron contribuir en la muerte de Ricardo

---

convinciente de esa situación (caso Juan H. Sánchez vs. Honduras) y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados (caso Niños de la calle vs. Guatemala).

<sup>14</sup> BERIZONCE Roberto Omar, op. cit. 9

<sup>15</sup> Art. 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

<sup>16</sup> BAZAN Víctor, Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, Relato del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, Octubre de 2009.

<sup>17</sup> RAYA DE VERA, Eloísa, El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Gelman vs. Uruguay, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Año XIV, Número 5, Mayo de 2012, pág. 280.

Videla y en las torturas sufridas por Claudio Núñez y Lucas Mendoza durante el cumplimiento de las penas.

Se aclara que el Estado condenado a investigar cumple con la obligación siempre que demuestre que inició y/o continuó con seriedad las actuaciones penales (obligación de medio)<sup>18</sup>.

Dentro de otras medidas de reparación no pecuniarias, la sentencia del caso Mendoza incluye: a) que el Estado infractor brinde gratuitamente tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas; b) que el Estado demandado le dé a los requirentes opciones de capacitación y/o educativas a través de sus instituciones públicas; c) que el Estado ajuste su marco legal a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil y diseñe e implemente políticas públicas al respecto; d) que el Estado permita la revisión de las sentencias de condena por delitos cometidos siendo menores; e) que el Estado se comprometa a no aplicar penas de prisión o reclusión perpetua a cualquier persona por delitos cometidos siendo menores de edad; f) que el Estado brinde cursos sobre derechos humanos y el sistema penal juvenil a los miembros del servicio penitenciario, así como a los jueces.

Todas estas medidas de reparación no pecuniarias pretenden reparar el ilícito hacia el futuro. Se busca ponerle fin a una situación ilícita que se prolonga en el tiempo<sup>19</sup> así como garantizar el pleno y libre ejercicio del derecho conculcado<sup>20</sup>.

Para finalizar, la Corte IDH impone al Estado condenado de violentar derechos humanos, el deber de abonar una indemnización en dinero a las víctimas y familiares de las víctimas. De ese modo, se pretende reparar las consecuencias del ilícito en el pasado<sup>21</sup>.

La indemnización establecida en el fallo abarca el daño material (daño emergente y lucro cesante) y el daño inmaterial.

---

<sup>18</sup> PINTO Mónica, Temas de derechos humanos, Ediciones del Puerto SRL, segunda edición, julio de 2011.

<sup>19</sup> DIEZ DE VELASCO Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2008.

<sup>20</sup> GARCIA RAMIREZ Sergio, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones en "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo: 1979-2004, pág. 11, Corte Interamericana, Costa Rica, 2005.

<sup>21</sup> DIEZ DE VELASCO Manuel, op. cit. 19.

Dentro del rubro daño emergente se incluyen la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso<sup>22</sup>. En razón de la equidad (y debido al déficit de prueba), la Corte IDH concedió a las víctimas cierto monto en dinero por daño emergente. El rubro lucro cesante lo desconoció por falta de prueba.

Con respecto al daño inmaterial, que comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia<sup>23</sup>, el fallo “Mendoza” lo incluye a partir de la presunción “producido el ilícito existe aflicción en la víctima”.

Sin embargo, los montos otorgados por indemnización fueron bastante exiguos, ello atendiendo al principio que ya ha fijado la Corte IDH precedentemente: “la indemnización debe ser adecuada para resarcir los daños sufridos y no puede implicar un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”<sup>24</sup>. Otra explicación puede deberse a que la indemnización del sistema interamericano posee una clara naturaleza compensatoria y no sancionatoria<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Ver casos “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, “Mejía Idrovo vs. Ecuador”, “Torres Millacura y otros vs. Argentina” entre otros.

<sup>23</sup> Ver casos “Niños de la calle vs. Guatemala”, “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, “Mejía Idrovo vs. Ecuador”, “Torres Millacura vs. Argentina” entre otros.

<sup>24</sup> Ver casos “Gutierrez Soler vs. Colombia”, “Caesar vs. Trinidad y Tobago” entre otros.

<sup>25</sup> MONTERISI Ricardo, *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009.

## Mediación

Allende la homologación judicial del acuerdo alcanzado a través de la mediación prejudicial obligatoria bonaerense.

Toribio Enrique Sosa \*

- 1- Mediación y proceso judicial
- 2- La mediación prejudicial obligatoria bonaerense.
- 3- La mediación prejudicial bonaerense ¿sobre derechos litigiosos o dudosos?.
- 4- El acuerdo a través de la mediación prejudicial bonaerense: o transacción, o reconocimiento de derechos, o renuncia de derechos.
- 5- La autocomposición en mediación prejudicial y en el proceso judicial: semejanzas y diferencias.
- 6- ¿Es obligatoria la homologación del acuerdo alcanzado a través de mediación prejudicial?
- 7- ¿Podría conferirse ejecutoriedad al acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, sin necesidad de posterior homologación judicial?
- 8- ¿Es conveniente la homologación judicial del acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, con posterior trámite de ejecución de sentencias para reclamar su cumplimiento?
  - 8.1. La discriminación de los “otros” acuerdos conciliatorios extrajudiciales.
  - 8.2. La cuestión de los criterios para homologar.
  - 8.3. El acuerdo homologado y el trámite de ejecución de sentencia.
  - 8.4. El acuerdo en caso de pedido de homologación desestimado.
- 9- ¿Qué sucede con un acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, sin pedido posterior de homologación judicial?
- 10- Consideraciones finales.

## 1- Mediación y proceso judicial.

Si el proceso judicial es una técnica para la aplicación del derecho y si el derecho es una técnica para la resolución de conflictos, se concluye que el proceso judicial es una técnica para la resolución de conflictos.

La mediación es una técnica para la resolución de conflictos alternativa al proceso judicial. Ergo, por definición, la mediación es extrajudicial, o, al menos, extraprocesal <sup>1</sup>.

Es más, las funciones del juez y del mediador son incompatibles y hasta antitéticas:

a- el juez puede formular propuestas para que las partes acuerden (art. 36.4 cód. proc.) y a todo evento llegado el caso debe emitir una decisión fundada (arts. 34.4, 163.5 y 163.6 párrafo 1º cód. proc.); el mediador debe facilitar el diálogo para que las partes acuerden <sup>2</sup>, sin poder proponer soluciones ni menos decidir;

b- lo que las partes digan al mediador no debe trascender (confidencialidad, arts. 1 y 16 ley 13951), mientras que lo que digan al juez puede ser usado como argumento dirimente para sostener una futura decisión (v.gr. confesión, art. 421 cód. proc.).

## 2- La mediación prejudicial obligatoria bonaerense.

El régimen jurídico bonaerense encabezado por la ley 13951 ha establecido una mediación obligatoria con las siguientes características:

---

<sup>1</sup> Podría ser llevada a cabo por funcionarios dependientes del Poder Judicial -desde luego, no por jueces-, pero siempre fuera del proceso judicial: antes de ser iniciado el proceso judicial o como "salida" en algún momento de su transcurso (v.gr. ver art. 642 del Proyecto de Código Civil y Comercial, para desavenencias entre los padres en materia de régimen de visitas).

<sup>2</sup> Según el art. 2 de la ley 13951, el objeto de la mediación es "...promover y facilitar la comunicación directa entre las partes que permita la solución del conflicto."

2.1. Tiene alcance definido por defecto: están incluidos todos los conflictos relativos a materias disponibles por los particulares (art. 1 párrafo 2° *in fine*) y respecto de los cuales la mediación no hubiese sido expresamente excluida (art. 4) o definida como optativa (art. 5);

2.2. Es íntegramente extra y prejudicial *si fracasa*. Si a través de la mediación obligatoria los interesados no llegan a un acuerdo, recién entonces, luego, sigue a continuación la intervención del órgano judicial<sup>3 4</sup> mediante el proceso. No obstante, no están de más algunas breves acotaciones:

a- para interrumpir la prescripción según el art. 3986 párrafo 1° del Código Civil se permite al interesado que, al iniciar la mediación, al mismo tiempo plantee su demanda<sup>5</sup>, la que será enviada al juzgado pero quedará inerte *ope legis* allí, sometida a una condición suspensiva: que finalice la mediación sin acuerdo; ergo, para el legislador bonaerense el sólo inicio de la mediación no interrumpe el curso de la prescripción, tanto que, para lograr este efecto, el interesado debe articular además su demanda<sup>6</sup>;

---

<sup>3</sup> Al iniciarse la mediación, son sorteados mediador y juzgado: aquél, obviamente para desarrollar la mediación; éste para comenzar a intervenir al finalizar la mediación, sea para homologar el acuerdo (art. 19), sea para ejecutar el acuerdo homologado en caso de incumplimiento (art.23 ley 13951), o sea –en defecto de acuerdo o de homologación– para sustanciar el proceso judicial (art. 7 ley 13951).

<sup>4</sup> La asistencia a la audiencia de mediación no importa para el citado consentir la competencia del juez sorteado, ni la renuncia a la eventualmente pactada intervención de árbitros, aspectos que podría plantear una vez que fuera notificado del traslado de la demanda (ver ARAZI, Roland "Competencia de los tribunales arbitrales", en La Ley del 13/3/2013).

<sup>5</sup> En cambio, el solo inicio de la mediación es suficiente para suspender el curso del plazo de prescripción, como si fuera una intimación fehaciente en los términos del art. 3986 párrafo 2° del Código Civil (art. 40 ley 13951 y art. 31 decreto 2530/10).

<sup>6</sup> Art. 32 decreto 2530/10.

b- el inicio y ulterior desarrollo de la mediación no es obstáculo para solicitar, obtener y trabar medidas cautelares <sup>7</sup>;

2.3. Puede ser interferida judicialmente *si no fracasa* porque los interesados llegan a un acuerdo: el acuerdo puede ser homologado a pedido de cualquiera de las partes del acuerdo pero los jueces finalmente pueden no homologarlo <sup>8</sup> frustrando la mediación;

2.4. Está a cargo de un mediador abogado especialmente capacitado y matriculado <sup>9</sup>. Pese a que el mediador prejudicial obligatorio tiene que ser abogado, en rigor no se desempeña como un auxiliar de la justicia ya que, para ser un auxiliar de justicia, debería desplegar una actividad judicial (arts. 3 y 96 ley 5827). Acaso pudiera excepcionalmente desempeñarse como auxiliar de la justicia cuando el juez formulara observaciones al acuerdo y lo devolviera para que, con intervención del mediador, los interesados alcancen un nuevo acuerdo superándolas <sup>10</sup>.

2.5. No se alude al abogado mediador prejudicial como un funcionario público, ni a la función del abogado mediador prejudicial como función pública; antes bien, se ha previsto que el mediador prejudicial despliegue una incumbencia profesional específica dentro del ejercicio de la abogacía, la cual, precisamente por su especificidad, se encuentra especialmente reglamentada y supervisada por el Estado. Pero la función del mediador no deja de ser privada<sup>11</sup>, aunque, como muchas actividades privadas (ej. ejercicio de la medicina, etc.), sea de interés público <sup>12 13</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 4 decreto 2530/10. Aunque, desde luego, una medida cautelar durante la mediación seguramente no abonará el terreno para el diálogo.

<sup>8</sup> Arts. 7, 19, 20, 21 y 22 ley 13951; arts. 17 y 18 decreto 2530/10.

<sup>9</sup> Art. 26 ley 13951.

<sup>10</sup> Art. 21 ley 13951.

<sup>11</sup> Como síntoma, aunque no necesariamente concluyente, se señala que percibe honorarios de los interesados - salvo la situación de beneficio de litigar sin gastos, en que se pagan con un fondo público- y no un sueldo del Estado (art. 31 ley 13951; arts. 5 bis y 18, 27 y 28 decreto 2530/10).

<sup>12</sup> Art. 1 párrafo 1° *in fine* ley 13951.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de "interés público", ver SOSA, Toribio Enrique "Medidas cautelares contra el Estado nacional", en Doctrina Judicial del 10/7/2013.

### 3- La mediación prejudicial bonaerense ¿sobre derechos litigiosos o dudosos?

La cuestión acerca de cuándo un derecho pasa a ser litigioso ha sido estudiada con motivo de la transacción y de lo normado a su respecto en el art. 832 del Código Civil.

Se acepta que, para que exista un derecho litigioso –un “litigio”- a los fines de una transacción, debe haber:

a- un proceso judicial en trámite, lo que excluye a los no iniciados y, en el otro extremo, a los finalizados a través de sentencia firme;

b- ese proceso debe ser del tipo contencioso, no de jurisdicción voluntaria;

c- incluso debe existir concretamente controversia dentro del proceso; no habría así estrictamente “litigio” en procesos v.gr. con demanda aún no notificada, o con demanda notificada pero sin contestación de demanda resistiendo la pretensión del demandante, o en causas en que ha mediado allanamiento.

Por lo tanto, desde la perspectiva de lo expuesto, la mediación obligatoria bonaerense, en tanto *prejudicial*, no puede versar sobre derechos litigiosos en el sentido que se adjudica al art. 832 del Código Civil, simplemente porque un derecho litigioso para ser considerado tal ha de tener un status judicial -y, además, no cualquier status judicial- que no tiene cuando es el turno de la mediación *prejudicial* obligatoria y que la mediación *prejudicial* obligatoria desde luego no le puede otorgar.

Haciendo pivot sobre ese art. 832 del Código Civil, si la mediación obligatoria prejudicial bonaerense no puede versar sobre derechos “litigiosos”, entonces sólo podría versar sobre derechos “dudosos”, entendiendo por tales aquéllos sobre los que impera conflicto –y por ende incertidumbre- en cuanto a su existencia, validez, alcance, etc.

4- El acuerdo a través de la mediación prejudicial bonaerense: o transacción, o reconocimiento de derechos, o renuncia de derechos.

Pero, por más dudoso que pudiera ser un derecho, un acuerdo entre los involucrados en el conflicto de intereses no siempre será una transacción.

Para que exista una transacción debe haber concesiones recíprocas: uno de los interesados debe reconocer y renunciar derechos a favor del otro, y viceversa. Por ejemplo, si alguien reclama \$ 100 a otro, y este niega la existencia de la deuda, una transacción podría ser arreglar que la deuda existe pero por \$ 30: en la medida de \$ 70 el acreedor se resigna a favor del deudor (renuncia a su derecho, reconoce el derecho del deudor), pero en la medida de \$ 30 el deudor se resigna a favor del acreedor (renuncia a su derecho, reconoce el derecho del acreedor).

Pero sin concesiones recíprocas también podría haber acuerdo, si, como eslabón final del diálogo autocompositivo, el deudor reconociera total y absolutamente el derecho reclamado por el acreedor, o si el acreedor renunciara total y absolutamente al derecho respecto del deudor. No sería transacción porque:

a- tratándose de renuncia unilateral del acreedor según los arts. 868 a 887 del Código Civil, el deudor nada resignaría en beneficio del acreedor renunciante; esa unilateralidad de la renuncia del acreedor no se resiente por más que el deudor lo acompañara con su voluntad aunque más no sea como un eslabón más del diálogo previo al acuerdo, para decorativamente aceptar esa renuncia o todo lo más para contrarrestar el intento de retractación (art. 875 cód. civ.);

b- tratándose del reconocimiento unilateral del deudor conforme los arts. 718 a 723 del Código Civil, el acreedor nada resignaría en beneficio del deudor reconociente; la unilateralidad del reconocimiento del deudor no se altera por más que el acreedor lo acompañara con su voluntad aunque más no sea –repetimos- como un eslabón más del diálogo previo al acuerdo, para decorativamente aceptar ese reconocimiento o todo lo más para contrarrestar el intento de retractación (arts. 16 y 875 cód. civ.);

La transacción, el reconocimiento o la renuncia de derechos son actos que no sólo tienen en común el hecho de resultar de un acuerdo que pone fin a una situación de conflicto e incertidumbre: los tres comparten que deben versar sobre derechos disponibles para los interesados (porque no debe estar involucrado el orden público,

arts. 719, 833, 872, 953 y concs. cód. civ.) y que quienes actúen como mandatarios requieran contar con apoderamiento especial (art. 1881 incs. 3, 4 y 17 cód. civ.).

#### **5- La autocomposición en mediación prejudicial y en el proceso judicial: semejanzas y diferencias.**

Lo que hay que poner de relieve es que durante la mediación prejudicial bonaerense no hay proceso judicial porque aún no hay demanda ni nada que se le parezca.

Tanto es así que el solo inicio de la mediación prejudicial de ningún modo interrumpe la prescripción: si la sola iniciación de la mediación prejudicial bonaerense de alguna manera se asimilara a una demanda, pues entonces interrumpiría la prescripción según el art. 3986 párrafo 1° del Código Civil. Es más, al sólo efecto de interrumpir la prescripción, se permite excepcionalmente al interesado que, además de iniciar la mediación, al mismo tiempo plantee su demanda <sup>14</sup>, la que será enviada al juzgado pero quedará inerte *ope legis* allí, sometida a una condición suspensiva: que finalice la mediación sin acuerdo. En pocas palabras, para el legislador bonaerense el sólo inicio de la mediación no interrumpe el curso de la prescripción, tanto que, para lograr este efecto –y nada más que para eso–, se permite al interesado excepcionalmente articular además su demanda <sup>15</sup>.

Que no haya todavía proceso judicial durante la mediación prejudicial bonaerense, ¿qué implica?

---

<sup>14</sup> En cambio, el solo inicio de la mediación es suficiente para suspender el curso del plazo de prescripción, como si fuera una intimación fehaciente en los términos del art. 3986 párrafo 2° del Código Civil (art. 40 ley 13951 y art. 31 decreto 2530/10).

<sup>15</sup> Art. 32 decreto 2530/10.

Implica que no existe aún ninguna relación jurídica procesal que deba en algún momento cerrarse de algún modo (normalmente a través de sentencia o mediante alguno de los modos “anormales”) y que nada más está sobre el escenario la relación jurídica sustancial conflictiva.

Téngase en cuenta que desde iniciado el proceso judicial se agrega una relación jurídica más a la relación jurídica sustancial conflictiva: se trata de la relación jurídica procesal. Desde iniciado el proceso nacen tanto deberes y poderes para el órgano judicial, como facultades, deberes, cargas y obligaciones procesales para el promotor del proceso; luego de trabada la litis, el accionado se sumará a la relación jurídica procesal, también con facultades, deberes, cargas y obligaciones procesales<sup>16</sup>.

Entre nosotros, una vez iniciado el proceso judicial, la relación jurídica procesal debe cerrarse de alguna manera a través de una decisión judicial, más allá de la suerte que le quepa a la relación jurídica sustancial conflictiva. Esa es una tradición que nos viene legada desde el muy antiguo derecho ibérico: durante la irrupción de los visigodos y hasta la invasión de los árabes en el siglo VIII, una vez comenzado el pleito no podían transigirlo las partes, sino que tenían que continuarlo hasta su conclusión, bajo pena de pagar al rey cada parte lo que importara la demanda, o de sufrir 100 azotes en caso de no tener bienes <sup>17</sup>.

Dijimos que entre nosotros, actualmente, la relación jurídica procesal debe cerrarse de alguna manera a través de una decisión judicial, más allá de la suerte que le quepa a la relación jurídica sustancial conflictiva. ¿A cuál decisión judicial hemos querido referirnos? Desde luego, en el proceso judicial la salida normal es la sentencia definitiva;

---

<sup>16</sup> Uno de los primeros “hallazgos” conceptuales que contribuyó a perfilar al derecho procesal como disciplina científica autónoma, fue el deslinde de la relación jurídica procesal de la relación jurídica sustancial conflictiva, debido a Oskar Von Bülow en su libro “Teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales” (1868).

<sup>17</sup> José de Vicente y CARAVANTES, “Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento”, Ed. Gaspar y Roig, Madrid, 1856, t.I, parágrafos # 155 y sgtes.

pero, en lugar de la sentencia, el proceso judicial puede terminar de otras maneras, llamadas anormales: desistimiento unilateral o bilateral del proceso, desistimiento del derecho, allanamiento, transacción, conciliación y caducidad de instancia.

Lo que tienen en común los modos anormales de extinción del proceso es que en realidad, curiosamente, no ponen fin al proceso por sí solos: la ley procesal requiere, para todos ellos, la emisión de una resolución judicial complementaria que de alguna forma –como resabio de la herencia visigoda que no quiere que las partes puedan salir solas y por las suyas del proceso judicial- los ratifique: a- meramente declarativa del desistimiento del proceso judicial, disponiendo su archivo (art. 304 cód. proc.); b- homologatoria con el ropaje de una providencia simple, tratándose de desistimiento del derecho, transacción y conciliación (art. 162 cód. proc.); c- sentencia definitiva en caso de allanamiento, o al menos resolución interlocutoria si el allanamiento fuera efectivo (art. 307 cód. proc.).

La necesidad de una intervención judicial que impida a las partes “salir solas y por las suyas” del proceso judicial es lo que explica que un acuerdo autocompositivo alcanzado por las partes durante el proceso sea visto como insuficiente para terminar con la relación jurídica procesal y como menesteroso de una complementaria resolución judicial.

Veámoslo con más detalle.

En la mediación prejudicial bonaerense un diálogo exitoso puede conducir a una transacción, a una renuncia de derechos o a un reconocimiento de derechos, todo siempre nada más en derredor de la relación jurídica sustancial conflictiva. Pero, ya en el proceso judicial, también podría darse un acuerdo de esas características, es decir, también podría arribarse a una autocomposición mediante transacción, renuncia de derechos o reconocimiento de derechos, claro que, insistimos, habiendo proceso judicial, ya habrá dos relaciones jurídicas a la vista: la sustancial conflictiva –por un lado- y la procesal –por otro lado-.

Si se comparan los modos de finalización exitosa de una mediación, con los modos afines anormales de terminación del proceso, se advierten semejanzas:

a- la transacción, dentro del proceso judicial, se llama de la misma manera;

b- el reconocimiento de derechos por el deudor, dentro del proceso judicial, tiene un correlato que se llama allanamiento; aunque no son idénticos, porque quien se allana no tiene que reconocer expresamente nada, bastándole con someterse a la pretensión de su adversario, lo cual puede significar todo lo más un reconocimiento tácito resultante de un acto procesal –el allanamiento- que no se realizaría si no se reconociera el derecho autoatribuido por el adversario en su pretensión (arg. arts. 720, 918 y 1146 cód. civ.);

c- la renuncia de derechos por el acreedor, dentro del proceso judicial, tiene un paralelo que se denomina desistimiento del derecho; aunque el desistimiento del derecho estrictamente puede ser entendido como algo menos que la renuncia del derecho: el primero es la abdicación del derecho autoatribuido en la pretensión, mientras que la segunda es la abdicación del derecho que efectivamente ya se tiene por haber sido antes atribuido por otro a su titular y no meramente autoatribuido por su sola voluntad (v.gr. el ya reconocido por el adversario o por una sentencia judicial firme).

Desde la perspectiva de la dualidad de relaciones jurídicas (la procesal y la sustancial) simultáneamente en juego dentro del proceso judicial, se aprecia que algunos actos procesales tengan vocación de repercutir en esos dos frentes: así visto, resulta que la transacción, el allanamiento y el desistimiento del derecho son algo más que sus paralelos -y no necesariamente judiciales- transacción, reconocimiento y renuncia, ya que mientras éstos sólo recalcan en la relación jurídica sustancial procurando cerrar el conflicto de intereses, aquéllos también se hacen cargo de la relación jurídica procesal para procurar también su cierre de modo “anormal”.

Pero mientras la resolución judicial posterior al acuerdo conciliatorio lo que persigue es dar un final a la relación jurídica procesal, el acuerdo conciliatorio mismo sirve para darle un final a la relación jurídica sustancial conflictiva.

Como la mediación obligatoria bonaerense es prejudicial, mientras ocurre no hay proceso judicial aún <sup>18</sup>, de manera que nadie –ni el mediador, ni los interesados, ni sus abogados, ni ningún juez- deben preocuparse por encontrar un cierre para una relación jurídica procesal que todavía no existe, mientras que el acuerdo conciliatorio mismo ya importa un cierre para la relación jurídica sustancial conflictiva.

*La transacción, la renuncia de derechos o el reconocimiento de derechos en que puede consistir un acuerdo conciliatorio logrado a través de la mediación prejudicial, cierran la relación jurídica sustancial conflictiva; y, como no hay proceso en trámite, no hace falta ninguna resolución judicial posterior que además ponga fin a una relación jurídica procesal que no existe. Si no hay cabida para una transacción, un allanamiento o un desistimiento del derecho como modos anormales de terminación de un proceso judicial que aún no existe, tampoco consecuentemente hay espacio para ninguna resolución judicial posterior a una transacción, una renuncia de derechos o un reconocimiento de derechos alcanzadas durante la mediación prejudicial, recaídas fuera del marco de cualquier relación jurídica procesal y sólo referidas a la relación jurídica sustancial conflictiva.*

Es más, como la mediación prejudicial obligatoria no versa sobre derechos “ya litigiosos” (ver *supra* 3-), si tuviera éxito facilitando una transacción tampoco regiría el art. 838 del Código Civil <sup>19</sup>: no habría un “litigio” en el cual “presentar” la transacción, no habría una relación jurídica procesal presidida por un juez ante quien “presentar” la transacción.

---

<sup>18</sup> Salvo el caso de reapertura de la mediación: si la mediación fracasó por no haberse podido notificar al requerido la audiencia y si, más tarde, dentro del proceso judicial la notificación del traslado de la demanda se concretase en un domicilio real diferente del usado para intentar notificar la audiencia de mediación, entonces debe suspenderse el proceso para retomarse el camino antes truncado de la mediación (art. 17 decreto 2530/10).

<sup>19</sup> Art. 838. “Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella.”

## 6- ¿Es obligatoria la homologación del acuerdo alcanzado a través de mediación prejudicial?

De lo expuesto en 5- se concluye que los acuerdos conciliatorios, sin que exista un proceso judicial en trámite –v.gr. a través de mediación prejudicial–, por sí solos cierran la relación jurídica sustancial conflictiva y no requieren de una resolución judicial posterior que cierre una relación jurídica procesal que no existe.

Pero sucede que la ley bonaerense n° 13951 parece exigir una resolución judicial posterior al acuerdo: su homologación.

Podría gramaticalmente interpretarse que es obligatoria la homologación judicial, de acuerdo al tenor literal del art. 19 de la ley 13951: “El acuerdo *se someterá* a la homologación del Juzgado...”.

No obstante, nótese que ese precepto, si bien utiliza el modo imperativo, también emplea una forma impersonal: “se someterá”.

¿Por quién “se someterá”? ¿Por el mediador, por todos los interesados de consuno, o al menos por uno de los interesados?

El decreto reglamentario 2530/10, en el art. 17, responde que “... Si se arribare a un acuerdo cualquiera de las partes lo presentará ante el Juzgado a los fines de su homologación. ...” Pero ese mismo decreto, en el art. 18, establece que “... La homologación del acuerdo **podrá** solicitarla cualquiera de las partes. ...” (la letra negrita no es del original).

Y bien, si existiera el deber jurídico de someter el acuerdo a una posterior homologación judicial, no sólo no se habría filtrado el modalizador “podrá”, sino que, más contundentemente, la ley (y sólo la ley, art. 19 Const. Nacional) debería haber previsto alguna clase de sanción respecto de alguien en caso de “no someterse” el acuerdo a posterior homologación judicial, como ser la caducidad del acuerdo, una multa, etc.

Entonces, sin ninguna duda, la inteligencia correcta del régimen normativo es que la homologación judicial no es obligatoria: si lo fuera, a falta de homologación debería

seguirse alguna clase de consecuencia jurídica desfavorable para alguien, pero la ley no establece ninguna sanción para nadie como consecuencia de la falta de homologación.

El pedido de homologación es una facultad o a lo sumo una carga (o caso una categoría intermedia: una potestad <sup>20</sup>), cuyo no ejercicio o no cumplimiento según la ley vigente priva a las partes de una sola cosa: la ejecutoriedad del acuerdo.

Sin homologación judicial posterior, el cumplimiento del acuerdo no puede ser instado a través del trámite de ejecución de sentencias. ¿Para qué está previsto que sirva entonces la homologación judicial? Nada más para conferir ejecutoriedad al acuerdo una vez homologado: ante el incumplimiento, la parte interesada puede reclamar el cumplimiento judicialmente a través del procedimiento de ejecución de sentencias (art. 23 ley 13951).

#### **7- ¿Podría conferirse ejecutoriedad al acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, sin necesidad de posterior homologación judicial?**

Sí, por supuesto, y para demostrarlo es suficiente para hacer un rápido – y para nada exhaustivo- repaso del derecho comparado, a través del cual podrá advertirse la habilitación del procedimiento de ejecución de sentencias del acuerdo, sin necesidad de su previa homologación judicial.

Las siguientes son algunas alternativas:

a- el acuerdo solo, sin más, es título ejecutorio (art. 7 ley 804, Tierra del Fuego <sup>21</sup>);

---

<sup>20</sup> PEYRANO, Jorge W. "Otra propuesta para un nuevo vocabulario procesal: el concepto de potestad procesal", en La Ley 1994-E-1111.

<sup>21</sup> "El acuerdo al que arribaren las partes equivaldrá a una sentencia y no requerirá homologación salvo que se refieran a cuestiones de derecho laboral, constituyendo el acta respectiva título ejecutorio suficiente para su ejecución en caso de incumplimiento.

b- el acuerdo pasa a ser título ejecutorio con la certificación de la firma del mediador (art. 500.4 CPCC Nación, según ley 26589); nótese que el CPCC Nación hace ejecutorios a los acuerdos transaccionales o conciliatorios homologados, queriendo referirse obviamente a esos acuerdos pero alcanzados dentro del proceso judicial y no a través de mediación extrajudicial (ver art. 500.1);

c- es título ejecutorio el acuerdo propiciado por el mediador pero redactado con intervención de escribano (Ley de enjuiciamiento civil de España, año 2000, art. 517.2.3 <sup>22</sup>); como se puede leer en la nota a pie de página, también el art. 517 de la LEC española distingue entre el acuerdo proveniente de mediación extrajudicial y el acuerdo judicial que sí, en cambio, requiere homologación judicial;

d- es ejecutorio el acuerdo de mediación, una vez inscripto en un registro especial (Ley 13151 Santa Fe, art. 21 <sup>23</sup>);

---

Para aquellos casos derivados del fuero de familia en los que estuvieren involucrados intereses de menores o incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá contar con la aprobación del representante del Ministerio Pupilar por el plazo de ley. Si dicho funcionario realizare alguna observación, el acuerdo será remitido nuevamente al Centro de Mediación para que prosiga su trámite.”

<sup>22</sup> “**Artículo 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos.**

1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.
2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:
  - 1.º La sentencia de condena firme.
  - 2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
  - 3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.[...]”

<sup>23</sup> “El acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador y protocolizado en el registro que a tal efecto deberá llevar el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 5.531, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

A los fines de la protocolización aludida precedentemente será imprescindible acompañar los comprobantes de pago de aportes a las respectivas cajas profesionales, de los apoderados de las partes.”

e- es ejecutivo el acuerdo de mediación, si el mediador es concebido como funcionario público (doct. art. 979.2 cód. civ.)<sup>24</sup>; como ejemplos podrían mencionarse la mediación penal bonaerense –a cargo de funcionarios del ministerio público, ley 13433-; incluso podría concebirse una mediación a través de funcionario judicial que no fuera juez<sup>25</sup> y antes del inicio del proceso judicial (v.gr. art. 21 ley 7324, Salta<sup>26</sup>; arts. 21 y 22 ley 4270, Río Negro<sup>27</sup>).

**8- ¿Es conveniente la homologación judicial del acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, con posterior trámite de ejecución de sentencias para reclamar su cumplimiento?**

No, no lo es. Y menos aún lo es tal y como ha sido reglado en el ámbito bonaerense por la ley 13951 y su decreto reglamentario 2530/10.

---

<sup>24</sup> Si no es o no se lo ha de considerar funcionario público, *de lege ferenda* al menos debiera contemplarse que la intervención del mediador sea bastante para certificar la identidad de las partes suscribientes del acuerdo. Si los acuerdos tienen "vocación" potencial de ser presentados ante la justicia, esta atribución de los mediadores podría ser establecida por vía de acuerdo extraordinario de la SCBA, en uso de sus atribuciones reglamentarias (art. 861 cód. proc.) y por reenvío del art 41 de la ley 13951. Por ejemplo, en su momento, de modo similar al propuesto, la SCBA emitió el acuerdo n° 1290/56, en cuyo art. 3° se estableció que "...el patrocinio letrado será bastante para certificar la identidad del suscribiente, asumiendo el letrado la responsabilidad que tal acto pudiera importar."

<sup>25</sup> Ley 4270 de Río Negro, art. 6: "Entiéndese por mediación judicial aquella llevada a cabo en los Centros Judiciales de Mediación (CEJUME) dependientes del Poder Judicial."

<sup>26</sup> " Los acuerdos celebrados por las partes con asistencia letrada y ante el mediador judicial, tendrán carácter ejecutivo. (...) "

<sup>27</sup> **Artículo 21 - CELEBRACION DEL ACUERDO.** En caso de arribarse a un acuerdo total o parcial, el mediador labrará un acta en la que constarán únicamente los términos de los acuerdos arribados y la retribución del mediador, los letrados y los expertos intervinientes. El acta será firmada por todos los comparecientes y estará intervenida por el CEJUME. De la misma se entregará copia a las partes.

El acuerdo al que arriben las partes no requerirá homologación judicial, constituyendo el acta respectiva título ejecutivo suficiente a los fines de su ejecución en caso de incumplimiento.

**Artículo 22 - EJECUCION DEL ACUERDO.** En caso de incumplimiento del acuerdo, éste podrá ejecutarse mediante el procedimiento de ejecución de sentencia establecido en el Código de Procedimiento Civil y Comercial, salvo que las partes acuerden realizar una nueva mediación.

## **8.1. La discriminación de los “otros” acuerdos conciliatorios extrajudiciales.**

Por de pronto, con la misma vara, la ley debería acaso permitir expresamente la homologación de acuerdos alcanzados con mediación voluntaria, o, incluso sin mediación alguna <sup>28</sup> si se trata de acuerdos que supongan un arreglo ante un conflicto de intereses previo <sup>29</sup>.

Un acuerdo autocompositivo es un acuerdo autocompositivo, con o sin mediación como camino para alcanzarlo. Si el mediador propicia o facilita el diálogo para que sean los interesados quienes acuerden, si los interesados acuerdan lo mismo da que lo hubieran hecho ellos solos o que lo hagan con la participación de un mediador: lo esencial es el acuerdo fuera del proceso judicial, no si el acuerdo ha sido propiciado por un mediador o si ha sido logrado en solitario por los interesados.

## **8.2. La cuestión de los criterios para homologar.**

El órgano judicial –que, si todo saliera bien, ya no dictará sentencia en ningún proceso en ciernes porque ésta ha sido reemplazada por el acuerdo arribado por los interesados- no puede descerrajar una homologación sin más ni más. Está visto que el órgano judicial al que se le requiera la homologación “algo” debería poder controlar. Pero, ¿qué debería poder controlar?

Para responder a la pregunta cabrían dos enfoques:

---

<sup>28</sup> Como es el caso de la homologación de convenios de desocupación, según lo prevé el art. 47 de la ley 21342.

<sup>29</sup> De lo contrario, sin chance de homologación para conseguir con ella la vía de ejecución de sentencias en caso de incumplimiento del acuerdo, deberían los interesados iniciar un proceso de conocimiento plenario llegado ese incumplimiento.

a- tesis del control amplio o de juridicidad del acuerdo: si el acuerdo es “ley” para las partes (art. 1197 cód. civ.), el órgano judicial debe controlar que guarde armonía con todos los principios y normas del ordenamiento jurídico;

b- tesis del control restringido o del test de mera disponibilidad: el órgano judicial debe ceñir el control a unos pocos extremos, como ser, que el acuerdo no vulnere manifiestamente el orden público, que los partes del acuerdo sean las legitimadas y tengan capacidad para celebrarlo y, por fin, que hayan contado con asesoramiento jurídico (pues de lo contrario su consentimiento no habría sido “informado”).

En el régimen legal de la mediación prejudicial bonaerense se ha optado por la tesis del control amplio o de juridicidad del acuerdo, lo cual se pone de manifiesto al advertir que el juez sólo lo homologará si entiende que representa “una justa composición de los intereses de las partes” (art. 19 ley 13951).

Una cosa es que el acuerdo no congenie de modo manifiesto con normas jurídicas imperativas (de orden público) y otra cosa es que no se condiga a criterio del órgano judicial meramente con principios o valores del ordenamiento jurídico como v.gr. la “justicia” . Vale decir, una cosa es oficiosamente no homologar un acuerdo v.gr. con objeto prohibido (art. 953 cód. civ.) y otra muy diferente es oficiosamente no homologarlo porque, de modo paternalista, algún órgano judicial cree saber mejor que las partes si el acuerdo representa o no representa “una justa composición” de sus intereses (art. 19 ley 13951). Y en cualquier caso si la mediación debe ser confidencial, ¿cómo ha de ingeniárselas el órgano judicial para reunir la información necesaria a los fines de realizar cualquier control de juridicidad del acuerdo, estando cara a cara, solo, nada más con el acuerdo cuya homologación se le ha pedido?

No quiero decir que el acuerdo deba ser jurídicamente irrevisable en aras de una irrestricta libertad de contratación, pero sí que el control judicial oficioso para definir si se homologa o no se homologa en todo caso debería ser meramente un test de disponibilidad, dejando librado a la iniciativa de las partes –veremos seguidamente cómo en 8.3.- el planteo de cualquier cuestión que vaya más allá de los extremos propios de ese test de disponibilidad.

Las acciones privadas de los hombres (como por ejemplo, un acuerdo de mediación) que de ningún modo infrinjan el orden público quedan exentas de la autoridad de los jueces (art. 19 Const. Nacional). Ninguna ley –menos si provincial, como la n° 13951- podría autorizar la revisión oficiosa de contratos sin manifiesta conculcación del orden público <sup>30</sup> y no parece que nada más no constituir “una justa composición de intereses pueda ser un modo de infringir manifiestamente el orden público. Así que, dicho sea de paso, si se pidiese la homologación de un acuerdo de mediación, podría simultáneamente plantearse la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 13951 en tanto permite al juez de oficio no homologar sólo a falta de –a su criterio- “una justa composición de intereses”.

Para graficar mejor los peligros de la noción “justa composición de intereses”, consideremos el caso que inspiró el teorema de Coase. Un médico y un panadero eran vecinos, aquél preexistente en el vecindario. Por el ruido y los olores emanados de la panadería, el médico comenzó a perder clientela. El médico demandó al panadero y consiguió que se lo condenara a mudar la panadería. Esa solución judicial, ¿fue una justa composición de intereses? No, no lo fue, o, cuanto menos, no fue la más justa y conveniente para los interesados ni para la sociedad. ¿Por qué? El médico sin la panadería ganaría \$ 100 por mes y con la panadería no más que \$ 50 por mes; mudándose el médico, en el mejor lugar alternativo posible podría llegar a ganar \$ 80; el panadero sin mudarse ganaba \$ 100, pero yéndose al mejor lugar alternativo posible podría llegar a ganar sólo \$ 60. La sentencia judicial permitió ganancias totales por \$ 160: \$ 100 al médico por atender a sus pacientes sin la panadería y \$ 60 al panadero en el mejor lugar alternativo posible. Un mejor acuerdo asequible en mediación, que acaso no hubiera sido homologado por entender el juez que no podía ser justa una composición de intereses que

---

<sup>30</sup> Por ejemplo, el art. 960 del Proyecto de Código Civil y Comercial establece: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.”

incluyera que el médico pese a su mejor derecho tuviera que mudarse, pudo haber sido: el panadero se queda pero le paga \$ 30 por mes al médico, con lo cual sus ganancias se reducen a \$ 70, pero son más que los \$ 60 que podría ganar en el mejor lugar alternativo posible; el médico se muda, pasando a ganar \$ 80 instalando su nuevo consultorio en el mejor lugar alternativo posible y cobrando además los \$ 30 que la paga el panadero, con lo cual sus ganancias pasan a ser \$ 110, más que los \$ 100 que habría ganado si hubiera permanecido en el lugar mudándose la panadería; desde el punto de vista social, el acuerdo habría permitido ganancias totales por \$ 180 (más que los \$ 160 de la sentencia judicial): \$ 110 el médico y \$ 70 el panadero.

### 8.3. El acuerdo homologado y el trámite de ejecución de sentencia.

Supongamos que el acuerdo bien o mal ha sido homologado y que, incumplido, una de las partes reclama su cumplimiento a través del trámite de ejecución de sentencias.

El trámite de ejecución de sentencias sólo permitiría al ejecutado argüir *algunas* defensas previstas en el art. 504 CPCC, basadas en hechos *posteriores* al acuerdo homologado y acreditarlas sólo con *documentos* emanados del ejecutante (art. 505 cód. proc.).

Pero, ¿y las defensas que de ninguna manera pudieran encuadrar en el art. 504 CPCC, como v.gr. una onerosidad sobreviniente, una lesión subjetiva, etc. ?; ¿y las defensas que no se basaran en hechos posteriores al acuerdo homologado, como v.gr. las congénitas al acuerdo –incapacidad de hecho o de derecho de los sujetos, vicios de la voluntad, defectos formales, objeto prohibido, etc.-?; ¿y las defensas no acreditables mediante ninguna documentación proveniente del ejecutante?.

Imaginemos, por ejemplo, que el órgano judicial hubiera homologado un acuerdo sin advertir, por no ser manifiesto, un vicio congénito al acuerdo, que provoca su nulidad (art. 954 cód. civ.).

Si el afectado por la nulidad quisiera hacerla valer no cabrían sino dos alternativas:

a- se le permite por vía de excepción (art. 1058 bis cód. civ.) durante el trámite mismo de ejecución de sentencia <sup>31</sup> rompiendo el molde de las defensas mencionadas en el art. 504 CPCC, sólo posteriores al acuerdo homologado y demostrables con documentos del ejecutante;

b- se le permite por vía de acción (art. 1058 bis cód. civ.) en un juicio de conocimiento complementario (arg. *a simili* art. 551 cód. proc.) en el que llegado el caso cabría interferir el normal curso de la ejecución en marcha a través de una medida de no innovar.

Con relación específicamente a la posibilidad de que en el juicio de nulidad del acuerdo se ordene no innovar en el trámite de ejecución de ese acuerdo, traigo a colación que <sup>32</sup>:

a- la prohibición de innovar dispuesta en un proceso respecto del trámite de ejecución del acuerdo homologado, constituye una inhibición precautoria de la capacidad procesal del ejecutante (arg. art. 232 cód. proc.), así que, si el juez que dispone no innovar y el de la ejecución fueran diferentes –raro, porque esa situación rompería la “continencia de la causa”–, la competencia del primero no invadiría la competencia del segundo;

b- si es verosímil o muy verosímil el derecho del peticionante de la medida de no innovar, es probable o muy probable que no exista o no sea válido el derecho recogido en el acuerdo homologado, de manera que abusaría su ejecutante si en esas condiciones quisiera continuar la ejecución de ese acuerdo homologado del que emerge ese

---

<sup>31</sup> Y aún cabe preguntarse: ¿y no habría que permitir las en el trámite mismo de la homologación? Si una de las partes sola pide la homologación y la otra, enterada del pedido, le saliera al cruce con un planteo de nulidad no manifiesta, ¿el juez debería abrir cauce a un incidente para recién luego, al finalizar su sustanciación, decidir si homologa o no homologa el acuerdo tildado de nulo?

<sup>32</sup> Ver mi “Ejecución de sentencia interferida por prohibición de innovar”, ponencia publicada entre las seleccionadas, en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba 18, 19 y 20 de setiembre de 2013.

sospechable derecho, máxime si se percibiera peligro de perjuicio para el ejecutado en la demora o incluso peligro de perjuicio irreparable en la demora;

c- con la prohibición de innovar no se le impide al ejecutante el acceso a la justicia, sino que se le señala por dónde debe acceder a ella: antes de proseguir con la ejecución del acuerdo homologado, debe comparecer al proceso donde se obtuvo la orden de no innovar y conseguir su levantamiento; no hay allí negación sino todo lo más postergación de la ejecución del acuerdo homologado;

d- la prohibición de innovar en el trámite de cumplimiento forzado del acuerdo homologado, hasta tanto se dirima el proceso de conocimiento complementario, es una solución de compromiso entre los principios de seguridad y de justicia;

#### **8.4. El acuerdo en caso de pedido de homologación desestimado.**

Supongamos que el acuerdo no superase el control judicial y fuese desestimado el pedido de homologación.

En tal caso, el órgano judicial no sólo no lo homologará, sino que, lo quiera o no lo quiera, lo diga o no lo diga, lo fulminará: no puede quedar en pie, como válido y eficaz, un acuerdo que, por ser considerado de alguna manera antijurídico, no ha sido homologado.

De modo que el rechazo del pedido de homologación es más que eso, es lisa y llana invalidación del acuerdo. Con lo cual las partes, que habían acordado, quedarán reinstaladas en el conflicto de intereses tal y como existía antes de la mediación, claro que agravado por la pérdida de tiempo y –además– por los costos caídos de la mediación.

Así, deberían iniciar un proceso judicial conforme ese *status quo ante*, sin poder cimentar derecho alguno en el acuerdo no homologado (art. 22 ley 13951). Desde luego, tan graves efectos de la decisión no homologatoria deberían llevar a admitir su recurribilidad, tanto así como habría sido recurrible la sentencia que el acuerdo no homologado estaba llamado a reemplazar (arg. art. 41 ley 13951 y art. 242 cód. proc.).

## 9- ¿Qué sucede con un acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, sin pedido posterior de homologación judicial?

Antes de responder a la pregunta del título, tengamos en cuenta simplemente que el acuerdo debe instrumentarse por escrito a través de un acta (art. 17 ley 13951), utilizando de allí en más las formas que fueran legalmente idóneas (ej. si fuera una transacción sobre un inmueble, debería ser realizada en escritura pública, art. 1184.8 cód. civ.). Recordemos que si el mediador no es funcionario público (como en cambio lo es tratándose de la mediación penal, a cargo de un funcionario judicial según la ley 13433), el instrumento que se redacte por las partes con intervención del mediador no será un instrumento público (arg. art. 979.2 cód. civ.)<sup>33</sup>. Teniendo en cuenta eso, nada obstaría a que los interesados, que han acordado sobre el fondo de su controversia, también acuerden qué forma darle, convocando v.gr. la intervención de un escribano para el otorgamiento de una escritura pública o cuanto menos para la certificación de firmas.

Ahora sí, y ya respondiendo al interrogante del título, si no es obligatoria la homologación judicial del acuerdo logrado a través de mediación prejudicial, ¿qué sucede con ese acuerdo sin homologación posterior?

Bueno, en caso de cumplimiento espontáneo del acuerdo, no pasa nada. En todo caso, las partes se habrían ahorrado un trámite a la postre innecesario: la homologación judicial.

Pero, ¿y en defecto de cumplimiento espontáneo?

Pues en ese caso el acuerdo no sometido a homologación queja sujeto a las reglas de procedimiento para reclamar su cumplimiento, su resolución o su declaración de ineficacia y para defenderse ante cualquiera de esos reclamos:

---

<sup>33</sup> Lo que no quita que el mediador sea un testigo calificado de la autenticidad de las firmas colocadas en su presencia, lo que puede tener virtualidad procesal en materia cautelar para la acreditación, prima facie e inaudita pars, de la verosimilitud del derecho

a- si el acuerdo contemplase una obligación de pagar una suma de dinero exigible y líquida, el cumplimiento de esa obligación podría reclamarse a través de juicio ejecutivo, previa preparación de la vía en caso necesario (ver arts. 518, 521 incs. 1 y 2 y 523 y sgtes. cód. proc.); los planteos defensivos que excedieran del ámbito posible de debate en el juicio ejecutivo (v.gr. nulidad del acuerdo), quedarían deferidos a un juicio de conocimiento posterior (arts. 542 y 551 cód. proc.);

b- cualquier otra pretensión con causa en el acuerdo logrado a través de mediación prejudicial debería ventilarse a través del proceso de conocimiento respectivo (arts. 319, 320 y concs. cód. proc.); si se reclamase el cumplimiento, podría el accionado defenderse articulando hechos invalidativos (ej. incapacidad de hecho o de derecho de los sujetos, vicios de la voluntad o de los actos jurídicos, objeto prohibido, etc.; arts. 1037 a 1065 y 1164 a 1166 cód. civ.), extintivos (ej. pago) o impeditivos (ej. incumplimiento del reclamante, art. 1201 cód. civ.).

De *lege ferenda* y como tutela jurisdiccional diferenciada para los acuerdos de mediación prejudicial, la ley podría prever que las pretensiones basadas en acuerdos de mediación pudieran ventilarse a través del proceso de conocimiento pleno más abreviado disponible (el sumarísimo del CPCC Bs.As.), tal como v.gr. lo propone el art. 53 de la ley 24240 para los derechos del consumidor; incluso, específicamente para la pretensión de cumplimiento del acuerdo de mediación, podría contemplarse que se canalizara a través de un proceso monitorio documental, que sólo en caso de oposición arreglada a derecho del demandado se continuaría a través del proceso de conocimiento pleno más abreviado disponible <sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Tal y como ha sido reglado v.gr. en el CPCC La Pampa, en los arts. 463 a 470, 653 y concs.. Buscar más sobre el proceso monitorio en La Pampa, en <http://sosa-procesal.blogspot.com.ar/>

El juzgado competente para conocer de toda pretensión basada en el acuerdo debería ser el mismo sorteado al iniciarse la mediación prejudicial, el que sería competente no ya para avocarse a una homologación que no le fue pedida, ni para conocer de la pretensión correspondiente en caso de desestimación de un previo pedido de homologación, sino para entender de una pretensión relativa a un acuerdo sin homologación pedida y, por ende, sin homologación conferida ni rechazada.

## 10- Consideraciones finales.

Si la mediación prejudicial puede conducir a un acuerdo (conteniendo una transacción, una renuncia de derechos o un reconocimiento de derechos) que supera el conflicto de intereses, y si para alcanzar ese acuerdo no hace falta un proceso judicial que deba terminar a través de alguna clase de resolución judicial, mal puede exigirse alguna clase de resolución judicial homologatoria: el acuerdo mismo es suficiente para poner fin a la mediación prejudicial, sin más.

El acuerdo, solo, es suficiente para poner término a la mediación prejudicial, quedando sometido para su validez y eficacia a las reglas sustanciales de los contratos y a las reglas vigentes de procedimiento para reclamar su cumplimiento, su resolución o su declaración de ineficacia y para defenderse ante cualquiera de esos reclamos.

Si se creyera conveniente una tutela jurisdiccional diferenciada para los acuerdos de mediación prejudicial, de *lege ferenda* podría:

a- si –equivocadamente según nuestra opinión- se persistiera con la idea de que el cumplimiento pudiera ser reclamado a través del procedimiento de ejecución de sentencia, la ejecutoriedad del acuerdo podría lograrse de varias maneras sin necesidad de ninguna homologación judicial;

b- preverse que las pretensiones basadas en acuerdos de mediación pudieran ventilarse a través del proceso de conocimiento pleno más abreviado disponible (el sumarísimo del CPCC Bs.As.); incluso, específicamente para la pretensión de cumplimiento del acuerdo de mediación, podría contemplarse que se canalizara a través de un proceso monitorio documental, que sólo en caso de oposición arreglada a derecho

del demandado se continuaría a través del proceso de conocimiento pleno más abreviado disponible.

En cualquier caso, para estimular los acuerdos autocompositivos a través de la mediación -o sin ella- <sup>35</sup>, debería el Estado eximir de tributos al acuerdo mismo (v.gr. exención de sellos <sup>36</sup>) y a su eventual posterior requerimiento de cumplimiento judicial (v.gr. exención de tasa de justicia <sup>37</sup>).

\* Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, desde el 21-2-03. Profesor titular regular en la materia Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, desde junio de 2010. Profesor de postgrado en Maestría de Derecho Procesal, Universidad Nacional de La Plata, desde 2013. Autor de "Subasta Judicial", Ed. Platense, La Plata, abril/2000, "Caducidad de Instancia", Ed. La Ley, Bs.As., 2005, "Reingeniería procesal", Ed. Platense, La Plata, 2005, "Peritos judiciales. Teoría y práctica para la actuación procesal", Ed. Platense, 2006, "Notificaciones procesales", Ed. La Ley, Bs.As., 2009, "Honorarios de abogados en el fuero civil y comercial bonaerense", Ed. Platense, La Plata, 2010,

---

<sup>35</sup> Ver CODAZZI, Santiago "Psicología del litigio", en La Ley del 30/7/2013.

<sup>36</sup> V.gr., según el art. 430.67 del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, están exentos del impuesto de sellos "Las actas, actos, instrumentos o acuerdos relacionados y en el marco de la mediación previa obligatoria a todo proceso judicial establecido por la Ley N° 26.589."

<sup>37</sup> No, nada más, diferir el pago de la tasa de justicia hasta el momento de ser homologado el acuerdo (art. 32 decreto 2530/10). Sí, en cambio, exención de la tasa de justicia o, al menos, significativa quita.

“Terceros en el proceso civil”, Ed. La Ley, Bs.As., 2011 y “Subasta judicial electrónica”, Ed. Platense, La Plata, 2013

