

CARATULA

-Comisión 1: Nuevos paradigmas de la jurisdicción: Procesos con personas en condiciones de vulnerabilidad.

-Tema: Nuevos Paradigmas de la Jurisdicción Protectoria. Sujetos Vulnerables y medios de comunicación masiva-redes.

-Autor: Di Bernardo Maria Valeria.

-Dirección postal: 3400

-Teléfono: 0379-154266515

-Dirección de correo electrónico: valeriadibernardo@hotmail.com

-Síntesis de la propuesta: El avance de la tecnología, si bien ha implicado grandes logros en cuanto a comunicación, crecimiento y desarrollo de la humanidad, en relación a ciertas conductas desplegadas en las redes y en los medios de comunicación, ha generado un replanteo sobre la concepción de sujeto vulnerable y su extensión, valorando la realidad virtual, lo que ha colocado a la jurisdicción en la necesidad de readaptación de sus estándares a fin de propender a prevenir y evitar la afectación de derechos en este nuevo mundo paralelo.

-Fecha de nacimiento: 24/12/1983

-Intención de participar en el concurso de mejores ponencias presentadas por Jóvenes Ponentes.

Nuevos Paradigmas de la Jurisdicción Protectoria.

Sujetos Vulnerables y medios de comunicación masiva-redes.

Maria Valeria Di Bernardo.¹

Sumario:I-Tutela judicial efectiva. II-Jurisdicción preventiva. III-Jurisdicción protectora. IV-Sujetos vulnerables. V-Interés superior del niño. VI-Función Protectora de Sujetos Vulnerables-Medios Masivos de comunicación/Redes Sociales.VII-Colofón.-

I-Tutela judicial efectiva²

Para poder adentrarnos en el tema de los nuevos paradigmas de la jurisdicción protectora, no podemos dejar de referirnos previamente a la tutela judicial efectiva, la cual encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Se reciben criterios sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia y las reglas que desde la praxis judicial, se estiman fundamentales para lograr la igualdad real al equilibrar la situación de los menos favorecidos. Los principios y reglas que se proponen, entonces, procuran que los derechos que se reconocen tengan respuesta en la realidad concretando la reglamentación legal de los mandatos constitucionales referidos al debido proceso.

II-Jurisdicción preventiva³

¹Abogada. Escribana. Especialista en Derecho Procesal. Docente de grado y posgrado de Derecho Procesal Civil, y Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho Cias. Soc. y Pol. De la UNNE. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Comisión de Jóvenes Procesalistas (AADP). Secretaria Relatora Penal del Juzgado de Menores N° 1 de Ctes. (Cap.)

² DI BERNARDO, Valeria. Principios Procesales: Derecho procesal de Familia del Código Civil y Comercial. En El impacto procesal de la Unificación Civil y Comercial. 1° Edición. Editorial Contexto. Resistencia (Chaco). Año 2018.

³Servicio eficaz de justicia. Proceso sumario como salvataje a la morosidad judicial, por Mónica Barrera. Rubinzal-Culzoni, 2018

DOCTRINA DIGITAL N° 3. www.rubinzalonline.com.ar Archivo Digital: online. ISBN 978-987-30-1268-6

Para lograr la igualdad que profesa el principio de tutela judicial efectiva, ajironada a la realidad de nuestros tiempos ha surgido con gran fuerza la concepción de la jurisdicción preventiva. Así, se la visibilizó en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y su correlativo impacto en la legislación procesal.

Con ello, se sostuvo, que el principio de no dañar al prójimo (*alterum non laedere*), no constriñe solamente al autor del daño a indemnizar el detrimento ya irrogado (intervención ex post), sino que también compele a la sociedad toda a evitar el daño, es decir, su prevención.

Las normas sobre la acción preventiva incorporadas en este nuevo cuerpo legal (arts. 1710/1713 del CCyCN) abrieron el debate de cómo se incorporará este instituto a los ordenamientos procesales locales y cuál será la vía procesal adecuada, ya que no existe regulación legislativa expresa. El Dr. Peyrano propició la creación de una nueva figura procesal para esta nueva acción autónoma⁴.

Para zanjar esta carencia legislativa, se hizo mención también, a hacer uso de las facultades ordenatorias e instructorias dispuestas en los arts. 34 y 36 del Código Procesal, resaltando la función jurisdiccional y el rol activo de los jueces.

También se mencionaron algunas herramientas procesales diseñadas para dar cabida a la tutela preventiva, como la pretensión meramente declarativa, medidas cautelares, amparo preventivo, medidas autosatisfactivas, y el mandato preventivo.

III-Jurisdicción protectora

Se habló de la efectividad de la justicia de familia, y de los procesos donde los sujetos involucrados se encuentran dentro de alguna de las categorías de las llamadas personas “vulnerables”, teniendo en cuenta la exigencia de que la tutela jurisdiccional debe hacer operativo el derecho de fondo y permitir el dictado de sentencias que resuelvan con justicia el conflicto, en el menor tiempo posible y asegurando su cumplimiento.

⁴ Conf. Peyrano, Jorge, en ob. cit., Ponencia General: La jurisdicción preventiva

El CCCN ha consagrado el activismo judicial a lo largo de todo su articulado poniendo en cabeza del juez el deber de asegurar la tutela efectiva de los derechos o, lo que es igual, la efectiva operatividad del derecho sustancial, integrado por la Constitución, los Tratados y las normas infraconstitucionales. Tal activismo judicial se ha acentuado en las disposiciones relativas a los procesos de familia y de sujetos en situación de vulnerabilidad, lo que responde al interés público comprometido en la materia.⁵

De ello deriva principalmente la jurisdicción protectora o de “acompañamiento”, diversa de la tradicional jurisdicción dirimente, para la tutela de los derechos y situaciones más sensibles y, por ello, diferenciadas. Así, se proclamó que abordar el estudio de las formas necesarias para su efectividad implica un análisis no sólo de las normas procesales adecuadas a ese fin, sino también del rol que corresponde al órgano judicial en cumplimiento del deber que se le impone de asegurar la tutela efectiva.

Ante el fracaso del actual modelo de justicia –el que padecemos todos los días de un lado y del otro del mostrador–, es necesaria una profunda reforma procesal, es decir cambiar el paradigma, por medio de un tratamiento sistémico y multidisciplinario. Una justicia eficiente –gestión judicial, modernización de la oficina, de los sistemas informáticos, y capacitación adecuada de los operadores judiciales– para los ciudadanos.

El impacto más trascendente que ha operado la “constitucionalización” en el terreno procesal ha sido, sin duda, la consagración del derecho fundamental de la tutela judicial eficiente y el afianzamiento de la justicia civil como manifestación de una de las funciones públicas del Estado democrático de derecho, con su correlato del aseguramiento de las garantías fundamentales del proceso y su efectividad en concreto. De ello deriva, la jurisdicción protectora o de “acompañamiento”, diversa de la tradicional jurisdicción dirimente, para la tutela de los derechos y situaciones más sensibles y, por ello, diferenciada – cuestiones de familia y sujetos vulnerables, entre otros–.

⁵ En este sentido: De los Santos, Mabel, en ob. cit., Comisión 4: Jurisdicción protectora, Ponencia General: “Las formas y la efectividad de la justicia de familia”.

Por último, afirmamos que ha cambiado la concepción de la jurisdicción, la misión de los jueces, ya no se agota en la clásica labor de decir el derecho frente al litigio o conflicto, sino que debe asumir el papel preponderante de identificar y dar valor a los consensos básicos de la sociedad.

IV-Sujetos vulnerables.

Las Cien Reglas de Brasilia⁶ definen a estos sujetos y explicitan que, se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La Corte IDH reconoce que la vulnerabilidad está alimentada por ciertas situaciones de jure (ej. las desigualdades ante la ley entre nacionales y extranjeros) y de facto (ej. desigualdades estructurales) que tendrán consecuencias decisivas en acceso a los recursos públicos.⁷

Sólo los sujetos que presenten un alto grado combinado de afectación por las causas de la vulnerabilidad, de sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma, serán calificados por la Corte IDH como sujetos vulnerables.⁸

En ese escenario hemos hallado diferentes tipos de vulnerabilidad:

- 1- vulnerabilidad primaria, que es la vulnerabilidad Física, la cual es irreductible, pues nuestra fortaleza física tiene límites insuperables.⁹
- 2- la vulnerabilidad por la situación socioeconómica de las personas. Esta comprende a la vulnerabilidad como la situación de riesgo derivada de las

⁶ A las cuales se ha adherido nuestro país a través de Acordada N° 5/2009 de fecha 24/02/009 de la CSJN.

⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, OC-18/03, 17 septiembre 2003 (en adelante: OC-18/03), párr.112.

⁸ SILVA Rosmerlin Estupiñán "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología" en www.upf.edu

⁹ URIBE ARZATE Enrique y GONZÁLEZ CHÁVEZ María de Lourdes "La protección jurídica de las personas vulnerable" en <http://www.redalyc.org>

condiciones sociales y económicas, específicamente de las personas que viven con menos satisfactores¹⁰.

3- vulnerabilidad proviene de la ley (formal) y de los escenarios que ésta genera, pues resulta innegable que desde el contexto del orden jurídico, unos somos más vulnerables que otros¹¹.

4-Vulnerabilidad material, la vulnerabilidad se produzca en el terreno de los hechos.

En el marco del presente análisis, nos interesa detenernos sobre los dos últimos tipos de vulnerabilidades descritas. ¹²Cuando se señala que un grupo o un individuo se encuentra en situación de vulnerabilidad significa que se ubica en una posición de desventaja para poder hacer efectivos sus derechos y libertades. Esto puede ocurrir tanto en un plano formal como material. En el primer caso estaríamos frente a situaciones en las cuales el propio derecho ha institucionalizado la desigualdad y la ha traducido en normas. Sin embargo, suele ser mucho más común que la vulnerabilidad se produzca en el terreno de los hechos. Esto significa que aun cuando los derechos, la libertad y la igualdad de todos los individuos están reconocidos por el propio ordenamiento jurídico, en la realidad no están dadas las condiciones para que todos los individuos y grupos cuenten con ese conjunto de garantías y libertades ofrecidas por el derecho. Éste es el caso de millones de niños.

V-Interés superior del niño¹³

El principio del interés superior del niño, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna.

¹⁰ BUSTELO, Eduardo S. (compilador) (1986). Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina. Bogotá: UNICEF. AYALA ESPINO, José (2003). Instituciones para mejorar el desarrollo. México:

¹¹ RUSE, Michael (1989). La homosexualidad (p. 263). Madrid: Cátedra.

¹² LOS NIÑOS Y NIÑAS COMO GRUPO VULNERABLE: UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> DR. © 2001 Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México Libro completo en: <https://goo.gl/fyf5bQ>

¹³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3, párrafo 1. Ley N° 26.061 (2005) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Arts. 1, 3, 5, 11

Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.¹⁴

El interés superior del niño es un concepto triple; es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento.

-Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

-Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

-Y es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.¹⁵

VI-Función Protectoria de Sujetos Vulnerables-Medios Masivos de comunicación/Redes Sociales.

Los diferentes medios sociales de comunicación, twitter, Facebook, instagram, etc., al igual que la viralización de las fotografías y videos a través de aplicaciones telefónicas como ser whatsapp, canales de televisión de aire, canales online, hoy significan una amenaza real para integridad psicofísica de los NNA en todo el mundo.

Cuando de menores de edad se trata, no podemos dejar de tener en cuenta que, los mismos, por ser personas en desarrollo, aún carecen de las

¹⁴ Referencias en tratados internacionales

¹⁵ Integración del Interés Superior del Niño en las Leyes o Códigos de infancia en América Latina

facilidades con las que cuentan los adultos a la hora de la defensa tanto de su persona como de sus derechos.

Si bien en general las medidas que se toman desde la jurisdicción relacionadas a menores de edad se las vincula directamente con la protección de la integridad física de los mismos, no es menos importante destacar que, existen otros derechos que también le son reconocidos y que merecen igual tutela.

Es el caso del derecho a las imágenes de los niños, niñas y adolescentes, el cual tiene asidero y reguardo por mandato de normas de índole tanto nacional, provincial como internacional.¹⁶

Ahora bien, no es menos cierto que, puede plantearse la puja entre el derecho a la intimidad y libertad de expresión. Ambos gozan de protección constitucional, el derecho denominado "libertad de prensa", "derecho de expresión"¹⁷; y el derecho a la intimidad, derecho al que tiene un hombre a "ser dejado en la soledad de su espíritu"^{18, 19}

Prima facie pareciera que estos derechos personalísimo se contraponen, colocando a ambos en extremos opuestos, y más especialmente tratándose de la intimidad de los menores de edad; sin embargo resultan complementarios.

Es de recordar que no existe la operatividad absoluta de los derechos, siendo esto una de las características fundamentales del ordenamiento jurídico, lo que permite estructurar la convivencia de estos principios.

Se advierte que el derecho a la información, es uno de los dos derechos o libertades que constituyen la libertad de prensa, siendo el otro la libertad de expresión, mas, encuentra sus límites en el derecho a la intimidad, y viceversa, dependiendo de la situación y el contexto.

Dado su carácter de menores, lo que los torna seres desprotegidos y vulnerables, es coherente que cuenten con una mayor protección que los

¹⁶Art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (art 75 inc. 22 de la CN), Artículo 16, LEY N° 20.056, art. 1 y 2, Ley 26061 ART 22 y Dec- 415/06, inc. 2 de la Sección 4ta. de Protección a la intimidad, de las Reglas de Brasilia

¹⁷se encuentra contemplado en el Art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, "libertad de imprenta" C.N. Art. 32

¹⁸ "the right to be let alone" - al decir de COOLEY

¹⁹se encuentra contemplado en el Art. 19 de la C.N., en el Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica Incorporados estos últimos a la C.N. por el Art. 75 Inc. 22 de ésta.

adultos con respecto a su vida privada, intimidad, privacidad, circulación de información de bancos de datos, ya sean escolares, de salud, genéticos, sociales, religiosos, etc. En atención a su indefensión debe reforzarse su protección.

Vale la pena señalar una vez más que cuando están en aparente conflicto el derecho a la intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños, y aquéllos, por ser personas que están en plena formación y que carecen de discernimiento para disponer de algo tan íntimo de sí; y menos aún pueden impedir su difusión por los medios de comunicación.

Por ello, constatada la vulneración de Derechos de un menor de edad, corresponde tomar las medidas de carácter cautelar que el caso amerita.²⁰ Como *tutela preventiva*, la prevención debe ser utilizada como mecanismo para neutralizar o impedir perjuicios, a atenuar los efectos de aquellos que se encuentran en vías de ejecución.

Este Derecho a la Prevención, garantía constitucional implícita, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar el daño ya causado.

Si esto se dice respecto a las personas en general, cuanto más debe ser respecto de los derechos personalísimos de los niños por su vulnerabilidad, y porque existe una normativa expresa que debe tenerse en cuenta primerísimamente, que ya se ha citado y tiene rango constitucional.

La tutela judicial comprenderá la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y de restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima.

La libertad de prensa reconocida en la constitución nacional no es un derecho absoluto, salvo en el aspecto de no estar sometida a censura previa. Es inadmisibles que invocando el derecho a la libertad de expresión y

²⁰“Las medidas cautelares genéricas son un medio idóneo para encontrar las soluciones apropiadas a cada especie particular de vulneración de los derechos personalísimos.” (CNFed. Civ. Y Com., Sala II, DJ, t. 1992-2, p. 376).

a la publicación de noticias sin censura previa, puedan invadir la vida de los niños publicando sus imágenes, historias o mostrando su personalidad en formación a fin de obtener beneficios empresariales. No existe posibilidad de privilegiar el derecho a la libertad de prensa o de expresión frente al derecho a la intimidad de los niños, porque en este conflicto debe resolverse conforme el interés superior del niño. En caso de anomia o de duda lo más acertado es colocarse en los nuevos paradigmas sobre derechos del niño.

Los factores de vulnerabilidad de los NNA²¹, son mayores a los de un adulto, pues se halla en un estado de inseguridad, en el sentido más profundo del término: inseguridad para la existencia; incertidumbre frente a la historia cotidiana y frente al mundo circundante. Vulnerabilidad, que tiene dos caras: una externa, los riesgos, presiones, condiciones a las que un objeto o sujeto se ve sometido; y una interna, la falta de estructura o recursos para afrontar la situación con éxito. Esto último es lo que solemos llamar indefensión.

Hablar de vulnerabilidad es hablar de riesgos, habitualmente de tres tipos: el riesgo de verse expuesto a una situación amenazante; el riesgo de no tener capacidad para afrontarla; y el de sufrir consecuencias graves o incluso no recuperarse. Luchar contra la vulnerabilidad es intentar incidir en estos tres niveles para evitar que se produzca la catástrofe.

Por ello, desde la judicatura debe tenerse presente, más allá de función jurisdiccional tradicional, de aplicación de la norma dirimiendo conflictos, debe preguntarse ¿Se puede evitar el daño? ¿Hay algo que podamos hacer? ¿En qué hemos de incidir?

Por consiguiente, a jurisdicción en su actuación debe propender a:

-Minimizar el riesgo (PREVENCIÓN)

Se intenta evitar que se reproduzcan nuevas realidades de igual índole hacia las que determinadas personas o grupos son vulnerables o que se vean expuestos a ellas. Se habla de *eliminación, control, reducción, precauciones*. Suele resultar complicada en riesgos de origen múltiple o natural, pero una sentencia en muchas ocasiones tiene función

²¹ La vulnerabilidad de los jóvenes. Irune López es psicóloga. Coordina el Departamento de Orientación psicopedagógica de los Salesianos de Bilbao

educativa, y sirve como ejemplo ante la sociedad, valiéndose las sanciones aplicadas al caso como muestrario de aquellas conductas que, aceptadas y naturalizadas en el contexto social, son consideradas incorrectas desde el prisma legal.

-Minimizar la vulnerabilidad (MITIGACIÓN). Se busca reducir la impotencia de las personas o grupos, ayudándoles a desarrollar estrategias de evitación o afrontamiento, haciéndose más flexibles y fuertes. Son actuaciones sobre el entorno, las condiciones, los medios, por ejemplo, informando a los medios de comunicación sobre el particular de la materia, y/o indicando a los centros educativos al dictado de charlas sobre dicha temática. Las intervenciones suelen dirigirse a toda la población, pero intentando focalizar en quienes están más expuestos.

-Reducir los efectos negativos del desastre (PREPARACIÓN). Cuando se valora que, a pesar de las medidas de prevención y/o mitigación, en el caso, el daño ya se ha producido, se prepara a la persona o grupo para saber afrontarlo de la mejor manera posible; es decir, reducir la magnitud del sufrimiento individual y/o colectivo y acelerar la reconstrucción, por ejemplo, brindándoles el apoyo de profesionales.

VII-Colofón.

El avance vertiginoso de la información y la comunicación constituyen un desafío diario a la doctrina de los derechos humanos. El principal garante en materia de derechos humanos es el estado, a través de sus poderes, y estando este tribunal abocado a la cuestión no puede desconocer ese mandato. Es necesaria una mayor protección para los niños y adolescentes de sus derechos con relación a la que reciben los adultos. La tutela preventiva debe ser utilizada como herramienta para prevenir daños o atenuar los mismos.

“La *evolución* es innegable, y su avance imparable, pero el *cambio*, está en nuestras manos”