

Los desafíos que imponen el derecho al olvido y el #NiUnaMenos al procesalismo argentino

El activismo judicial democrático plantea en resumidas cuentas que los esquemas procesales típicos deben adaptarse primero y modificarse luego. El juez ya no es la boca de la ley, más bien desarrolla una labor de ponderación y tiene responsabilidad constitucional, pero también social. Consciente de ello, y reconociendo el fenómeno, la normativa de fondo otorga más poderes a los jueces, lo que es entendido desde ciertas corrientes opositoras como un exceso de facultades que compromete su imparcialidad, favorece a una de las partes en perjuicio de la otra, y deja de lado garantías mínimas.

Se dice por ahí que en Argentina, la mejor y más efectiva reforma procesal fue la sanción del Código Civil y Comercial.

Nos ilustran los autores respecto de la cantidad de veces que aparece la palabra “proceso” (96 veces) y la palabra “juicio” (56 veces) en el CCC¹, poniendo de relieve aquello que el fondo va de la mano de la forma a la hora de efectivizar los derechos.

El parámetro de la contingente ubicación legal de la norma procesal para definir su naturaleza, ya nos resulta inapropiado, e incluso fuera de discusión quedó el debate acerca de la validez constitucional de las normas procesales ubicadas en los códigos de fondo.²

En América Latina muchas de las ideas del mencionado movimiento han sido receptadas en un documento suscripto por las mayores autoridades jurídicas a nivel regional, titulado “**100 Reglas de Brasilia** sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad “y conocido

¹ SEDLACEK, Federico “Un Modelo de Proceso Judicial a la luz del CCN”, ponencia seleccionada y publicada en el Libro de Ponencias Generales y Seleccionadas del XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, Septiembre de 2017, Santiago del Estero.

² Esta doctrina se ha mantenido en forma pacífica desde el precedente de 1923 en “Bernabé Correa” (Fallos 138:157), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que el Congreso Nacional está habilitado para dictar normas de “procedimiento” en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales —sin perjuicio de ser una atribución reservada por las provincias según el art. 121 de la Constitución Nacional—, cuando fuesen “razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos” consagrados por las normas de fondo, y que “tienen validez constitucional las disposiciones de carácter procesal que dicte el Congreso de la Nación como consecuencia del art. 75, inc. 12 (antes art. 65, inc. 11), de la Constitución Nacional”.

popularmente como “Las 100 reglas de Brasilia”. Es un producto de la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada 4, 5 y 6 de marzo de 2008 y es una continuación de un trabajo que ya venía realizándose en reuniones tales como la “Declaración de Cancun” (año 2002) y la “Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial Iberoamericano”

El objetivo de dicho proyecto ha sido la elaboración de unas reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. Estas reglas no tienen un efecto jurídico directo, ya que como fuente del derecho no son una norma elaborada por los organismos que poseen el monopolio del mismo (congresos nacionales), pero si funcionan como un norte a tener en cuenta por todos los operadores jurídicos, como un rayo iluminador e inspirador para la aplicación de las propias normas locales, ya que en buena medida también funcionan como una síntesis de los instrumentos internacionales en la materia.

El presupuesto de esto es que *“Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”*³ Por ello hace énfasis en dos puntos: la facilitación del acceso, dando al tutelado todas las herramientas para acceder, comprender y expresarse en el proceso, pero también en la agilización, es decir, que el proceso llegue de forma suficientemente ágil a medidas concretas que permitan al tutelado hacer efectivo sus derechos.

Las tutelas diferenciadas en el ordenamiento argentino.

Causas y consecuencias.

Procesos lentos e interminables, morosidad judicial, normas de rito antiquísimas e imprácticas, costumbres forenses inútiles y anacrónicas, pérdida de confianza social en la jurisdicción, desprecio estatal por la seguridad jurídica, exceso de papeles y sellos de tinta en un mundo a un click de distancia fueron el caldo de cultivo para que surjan al cobijo de la

³ Fundamentos de “Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad”

doctrina académica (y litigante también) y de la jurisprudencia una catarata de creativas instituciones que permitieron traer luz y esperanza en un sistema jurídico vetusto y de oscuridad.

El dictado de medidas de oficio, la utilización de la reposición in extremis, los mandatos preventivos, la integración oficiosa de la parte demandada, la reconducción de la demanda cuando el actor no haya advertido que se trata de un pretensor diferenciado, el rol activo del juez, que no puede excusarse en el principio dispositivo, la posibilidad de flexibilizar la congruencia, la aplicación de la teoría del máximo rendimiento, la conciliación y armonización de los derechos en conflicto, mediante el “juicio de ponderación”, las autosatisfactivas generales y las autosatisfactivas con una orientación definida como la medida anticautelar, los negocios jurídicos procesales, entre otras medidas, que terminaron por configurar originalmente algunas de ellas un “derecho procesal de excepción” en atención a las circunstancias del caso o de los sujetos involucrados.

La fuerza impetuosa de la repetición fue transformando a lo excepcional en habitual. Claro, porque ya lo excepcional era el *statu quo* donde lo pretendidamente excepcional se aplicaba.

Dichas medidas han surgido como una creación pretoriana, es decir, originalmente por una creación de los propios magistrados para adecuarse a la resolución de casos concretos, basándose en el genérico deber de justicia que tutelan las distintas cartas magnas. En algunos casos estas medidas fueron luego receptadas por el legislador, aunque creemos que la mejor recepción que pueden hacer las leyes es dar un marco genérico y flexible para el ejercicio de estas facultades, pues resulta complejo (y hasta contradictorio) que las normas puedan de forma casuística contemplar todos los casos que el magistrado debe resolver en su día a día.

Por ello se intentaron crear conceptos porosos, firmes pero flexibles a la vez, que resulten como cuerdas tensas en un ring de boxeo, que ceden pero a la vez soportan cuando el púgil se apoya sobre ellas. La tutela diferenciada en general y, el pretensor diferenciado en particular son ejemplos de esto.

Cuando hablamos de pretensor o demandante diferenciado,

ponemos el foco en aquel que pretende, en aquel que requiere el servicio de Justicia, es decir, el denominado “Pretensor”. El concepto de “diferenciado” surge de aquello que es distinto o diferente de otro. Y esa diferencia, sustancial, trascendente, es la que exige justamente un tratamiento procesal adaptado. Conforme nuestra visión, la diferencia esencialmente tutelable, puede ser portata por cualquier sujeto, independientemente de que esté expresamente incluido en una ley que así lo diga o no (v. gr. consumidor, usuario, pueblos originarios, etc)

Entendemos entonces por *pretensor diferenciado*, a aquel que por estar en una condición de extrema vulnerabilidad o en una notoria necesidad de protección, su participación en el proceso Judicial obliga al Juzgador a optimizar las reglas del procedimiento, asumiendo un rol activo, que le permita otorgar una efectiva salvaguarda de derechos fundamentales, mitigando al máximo las posibilidades de daño irreparable.⁴

La medida innovativa y la anticautelar como tutelas procesales diferenciadas

La medida cautelar innovativa ha sido definida como *“una medida excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”*⁵ Dicha medida no surgía originalmente de los códigos procesales pero hoy es receptada casi de forma unánime en los tribunales de nuestro país.

Desde nuestro punto de vista, encuadramos a la acción preventiva de daños como un instituto procesal-civil (con toda la fuerza de conjunción

⁴ LISANDRELLO, David “La tutela judicial efectiva y el pretensor diferenciado” El Derecho Nro. 13611, Año LII, ED 260, Buenos Aires 17 de noviembre de 2014

⁵ Peyrano, Jorge W., Recepción de la medida innovativa en sede jurisdiccional, en JA, 1977-III-63. Peyrano Jorge W., Medida cautelar innovativa, p. 21, Depalma, Bs. As. 1981

copulativa que le brinda el guión) establecido en el código de fondo, pero ejecutable procesalmente, y que se encuadra dentro del movimiento que cada vez cobra más fuerza dentro de la doctrina procesal iberoamericana, llamado activismo judicial democrático.⁶

La medida autosatisfactiva cumplió más de 20 años con nosotros y como tal, ha hecho valer su madurez. Nadie (o casi) ya la discute, y se sienta a la cabeza de todas las mesas donde pretenda hablarse de institutos procesales de avanzada.

La visión de una medida autosatisfactiva con orientación definida, como lo es la llamada medida anticautelar, es la novedad en estos tiempos. Dicha medida busca prevenir el abuso que suele surgir de aquellos actores que pudiendo trabar medidas cautelares que sean suficientes para “satisfacer” su pretensión, y a la vez que no sean dañinas para el cautelado, se dedican de mala fe a ejercer una suerte de presión cautelar, agrediendo aquellos bienes que más perjudiquen al demandado (o futuro demandado). Imaginemos el embargo de cuentas bancarias de alguna gran empresa o compañía de seguros.

Generalmente esta actitud se suma a la de ralentizar el proceso lo más posible y dilatarlo innecesariamente, ya que, mientras se mantenga el *status quo* generado por la cautelar abusiva, ellos “ya ganaron” perjudicando, y hasta quizás fuercen la celebración de algún acuerdo leonino para el malcautelado.

Desde un punto de vista pragmático, la medida anticautelar funciona prácticamente igual a una sustitución de embargo, pero de forma anticipada. Viéndose en situación de vulnerabilidad cautelar, ante el temor de ser objeto de una medida que le ocasione grave daño, el que teme ser víctima de la misma, se presenta espontáneamente ante el juez, solicitando que éste libere una orden judicial que prohíba una determinada medida, prestando contracautela, y además ofreciendo bienes a cautelar para el caso que el futuro actor “anticautelado” quisiera trabar la medida, ahorrarle la búsqueda.

“Lo que denominamos 'medida anticautelar' no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualesquier diligencia cautelar (lo que sería

⁶ PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en “Nuevas Tácticas Procesales”, Ed. Nova Tesis, p. 27

claramente inconstitucional) sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (una inhibición, por ejemplo) o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una entidad aseguradora), cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. Si bien se mira y para simplificar las cosas, se trataría de una suerte de sustitución cautelar anticipada.”⁷

Debe notarse que este instituto tendrá una particular conexión con otro instituto que abordaremos más adelante, la acción preventiva de daños. En ambos se busca prevenir un daño que puede preverse y al cual la parte que teme ser dañada “se adelanta”, por lo tanto no nos parece incorrecto afirmar que la medida anticautelar es una forma concreta de la acción preventiva de daños, circunscripta a un ámbito concreto y específico, tal es, el miedo a sufrir un daño derivado de una medida cautelar.

Por último debe decirse que la medida anticautelar se diferencia de las medidas cautelares, en tanto no puede quedar subordinada a un plazo de caducidad en caso de no iniciarse el juicio principal. Esto no es tanto por ser un proceso autónomo, como veremos más adelante referente a la medida autosatisfactiva, sino debido a que la iniciación del proceso posterior queda enteramente subordinado a que la contraparte objeto de la medida cautelar (que era aquella que podía eventualmente solicitar la cautelar dañina), por lo que no puede reprochársele a la parte que solicitó la medida anticautelar.

Nuevamente, consideramos que debe incorporarse expresamente al sistema el principio de inocuidad, en el que jueces y abogados, jueces y jueces, propongan favorecer aquellas soluciones que resulten menos dañinas para todas las partes involucradas. Este principio es el hermano menor y *hippie* del principio del máximo rendimiento,⁸ el cual a su vez deriva

⁷ PEYRANO, Jorge W., “Las medidas anticautelares”, en La Ley 2012-B, página 670 y siguientes, “Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar” en Jurisprudencia Argentina 2012, I, página 1251 y siguientes; “Medidas anticautelares. Nuevas miradas”, en La Ley 2012-D, página 1373 y siguientes, “Lo anticautelar”, en La Ley 2013- F, página 1180 y siguientes

⁸ MORELLO, Augusto, “La teoría del máximo rendimiento en el Derecho Procesal” en “Claves

del de economía de esfuerzos, para consagrar soluciones que procuren aprovechar todas las potencialidades de una actuación o acto procesal realizado y también las que pudiera contener una etapa procesal.

El derecho al olvido y el #NiUnaMenos como nuevos sujetos vulnerables y dignos de tutelas específicas

El derecho al olvido digital o virtual es otro aspecto donde las medidas autosastifactivas han cobrado particular relevancia, en tanto combina la velocidad de la medida procesal en cuestión con la rapidez con la que pueden cometerse daños en redes sociales e internet.

El caso testigo aquí es "*Rodríguez c. Google*". En el caso, la modelo y artista María Belén Rodríguez demandó a Google Inc. y Yahoo de Argentina SRL, por el uso comercial y no autorizado de su imagen y por habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico o pornográfico. En el máximo tribunal dispone una regla que distingue dos situaciones diferenciadas. En una de ellas, los casos en los que los resultados de las búsquedas devuelven contenido que generan un daño manifiesto y grosero. En el otro extremo, se encuentran aquellos en los que el daño es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento⁹, y en base a ello se entienden las diferentes materias de responsabilidad.

Consideramos que en los primeros casos, siempre y cuando no se reclame la responsabilidad de daños y perjuicios, corresponde el planteo de una medida autosatisfactiva.

En tal caso, la pretensión será que el mundo de construcción digital, vulgarmente llamado "el mundo de google" deje de indexar, de linkear, de informar su pasado. Esto es el derecho al olvido, según nuestra visión.

En caso de que el pretensor lesionado desee reclamar los daños y perjuicios emanados del caso, la vía será otra, debiendo solicitarse, si lo desea, el olvido a través de la vía anterior, o también vía cautelar (para el cese del daño) que será accesorio y previo o concomitante a la promoción

Procesales", Buenos Aires 2007, Editorial Lajouane, página 55 y siguientes.

⁹ SEGURA, Pablo, "A un año de Rodríguez contra Google: ¿Estableció la CSJN un derecho al olvido digital en Argentina?" "Id Infojus: DACF150827

de un proceso de daños y perjuicios hecho y derecho.

Una última reflexión diferenciadora.

Debemos advertir si la información que el pretensor requiere que se “olvide” del mundo digital es verdadera o falsa. Cuando la información que se requiere remover no es falsa ni errónea, no procede la aplicación del hábeas data de ninguna manera, y sí el llamado derecho al olvido. En sentido contrario, si lo que se pretende que se olvide, además es erróneo, falso o inexacto, allí es donde encuentra materia fértil la acción de hábeas data, procedimiento constitucional expedito y específico para el caso.

El colectivo de mujeres **#NiUnaMenos**¹⁰ es otro ejemplo de cuando la realidad social se instala y apunta frente a estructuras estatales anquilosadas de las que se requiere celeridad y efectividad. **Ni una menos. Dejen de matarnos. Basta de femicidios.** Son consignas que se replican anualmente, mensualmente, semanalmente en pancartas, remeras, hashtags, zócalos de televisión, discursos políticos.

La fuerza de las mismas las torna tan escalofrantes como poderosas. Desde tiempos inmemoriales diferentes personas marchan por “seguridad” “justicia” “castigo a los delincuentes”. Pero sociológicamente siempre se vieron como ejercicios de protesta enmarcados en el más puro derecho constitucional de peticionar ante las autoridades, y cuyo encauzamiento siempre decantó en algún grupúsculo más o menos organizado que usufructúa el mayor o menor poder de conducir a esa masa. Nunca pasó de allí y nunca el poder real hizo acciones concretas por dar atención a dichos pedidos.

Ello no fue lo que pasó con el **#NiUnaMenos**. No es lo mismo. El “Dejen de Matarnos” es tan fuerte que eriza la piel a quien tiene responsabilidades funcionales, y a quien no también.

El **#NiUnaMenos** se garantiza con el piso del plexo internacional en

¹⁰ Hashtag que en su origen pertenece a Susana Chávez Castillo, poeta y activista mexicana asesinada en 2011 por denunciar los crímenes contra las mujeres en México. Fue ella la que dió origen a esta consigna twittera en formato hashtag (etiqueta) que se termina de instalar masivamente en nuestro país en los medios de comunicación y redes sociales con la muerte de Chiara Paez de 14 años en Rufino, Provincia de Santa Fe en el año 2015. Es interpretado y se vivencia como un fenómeno de denuncia y de protesta que no distingue filiación política, ni de género, más sí como una pertenencia cultural plural cuyo objeto es uno solo: la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres.

materia de derechos de las mujeres cubierto. Esto es el respeto y estricto cumplimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o en conflicto armado, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, entre otros.

Como síntesis de ellos debemos tender a estructuras estatales que reconozcan inicialmente a las víctimas de violencia de género que acreditasen insuficiencia de recursos para litigar, el derecho a la asistencia jurídica. Tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado o abogada en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

Los Colegios de Abogados deberán proveer profesionales especializados para cuando se requieran, que acrediten cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.

Desde que interponen la correspondiente denuncia, las mujeres que transitan una situación de violencia de género tienen derecho a recibir atención e información por servicios especializados, tanto en sede policial, ante los servicios sociales, o ante el órgano judicial, así como a recibir asesoramiento jurídico por un abogado o abogada de oficio especializado en esta materia, incluso con carácter previo a la interposición de la denuncia.

Asimismo, las víctimas ostentan, entre otros, en el seno del proceso,

los siguientes derechos: el derecho a un tratamiento respetuoso de su dignidad e intimidad y no victimizante, derecho a solicitar el secreto en torno a los datos de localización de la víctima y su familia, derecho a ser informada en todo momento del estado de las actuaciones y la situación del presunto agresor, derecho a una gestión adecuada y eficaz por todos los funcionarios públicos con el objeto de asegurar una tutela integral de las víctimas, derecho a la percepción de ayudas económicas, de reparación e indemnización de la víctima, derecho a la eficacia en la recogida de las pruebas, derecho a una protección penal y civil integral y, finalmente, derecho a retractarse de las declaraciones formuladas contra su pareja o ex pareja y solicitar levantamiento de medidas dictadas, previa asistencia multidisciplinaria, y también el derecho a la dispensa de la obligación de declarar.

Por último, las víctimas de violencia de género gozan de la totalidad de los derechos procesales previstos en la legislación general para las víctimas de todo delito. Por simplemente mencionar: el derecho a la interposición de denuncia, derecho a solicitar una orden de protección, o simplemente una orden de alejamiento.

Como vemos la protección adecuada de los derechos derivados por el colectivo **#NiUnaMenos**, van más allá que la simple autosatisfactiva de exclusión de hogar o restricción de acercamiento prevista por las leyes de violencia familiar vigentes.

Deben crearse normativas que protejan el antes, el durante y el después de la situación de violencia.

Deben adaptarse las prácticas a pesar de que aún no existan las normativas.

El Congreso ha dejado de ser el único poder legislativo. La realidad impone tensiones, alianzas y modos distintos de producción del derecho que han pasado a ocupar el lugar sacrosanto que antes se le otorgaba a la ley. La realidad se ha impuesto de nuevo y el Derecho debe dar respuesta legal a lo sucedido. Si no lo consigue se convertiría en un adorno social, y como tal, prescindible por parte de ésta.

David Alberto Lisandrello