

“PROCESOS CON PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD: LAS SENTENCIAS DE MERITO EN SUPUESTOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA”

1. Postulado

El reconocimiento de derechos diferenciados a los vulnerables no puede formularse con un alcance tal que conduzca a la traslación de ese estado de vulnerabilidad a otra persona o grupo de personas o, en su caso, conlleve a la vulneración de intereses económico-sociales considerados por el legislador para el crecimiento y desarrollo del país y, en definitiva, para el bienestar general de la población.

El ejercicio de esos derechos no puede conducir a soluciones jurisdiccionales que desnaturalicen sistemas normativos dictados por los otros poderes del Estado, en ejercicio de sus propias competencias, en tanto debe aplicarse de forma tal que concilie los postulados humanistas que la nutren, con los distintos sistemas normativos que nuestra Nación se ha dado para reglar la convivencia de sus habitantes.

Es verdad que este necesario diálogo entre esos derechos diferenciados y el resto del ordenamiento legal puede resultar áspero e incómodo para quien debe resolver el conflicto entre ambos derechos; y por eso debemos asumir el desafío de encontrar una fórmula que los concilie.

2. Concepción de la tutela jurisdiccional diferenciada.

Destaca el Dr Berisonze que la noción de vulnerabilidad, si bien propia del derecho material, en relación con el ejercicio de las prerrogativas en sede judicial, persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio, la asimetría, entre las posiciones de los litigantes. La vulnerabilidad procesal constituye así un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que en realidad persigue la igualación en concreto.¹

Habremos de abordar aquí la tutela diferenciada, desde la óptica de los criterios que deben asumir las sentencias de mérito para resolver sus

¹ Roberto Omar Berizonze Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-

alcances cuando sus contenidos protectorios aparecen en pugna con reglas o principios de otros sistemas normativos o afectan derechos de un tercero, de un grupo o de la sociedad toda.

3. La cuestión a la luz de los recientes criterios de la CSJN

3.1. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros". CSJN 06.nov.2018

3.1.1. Interrogante: La preferencia de pago concursal otorgada a un niño discapacitado damnificado por mala praxis médica ¿puede dejar de lado la preferencia que tiene un prestador de salud como acreedor hipotecario afectando al sistema del crédito e, incluso, al propio de salud? ¿Puede tal preferencia concursal afectar la de un trabajador y su familia de un derecho alimentario? ¿no constituye una traslación de una situación de vulnerabilidad del primero a los segundos?.

3.1.2. El fallo: En un incidente de verificación se declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales y verificó a favor del incidentista un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio y su pronto pago, al considerar que el crédito tenía su causa en una indemnización por mala praxis médica bajo derechos amparados por la Convención de los Derechos del Niño y demás convenciones. La Cámara de Apelaciones, revocó la decisión y atribuyó a esa acreencia la calidad de quirografaria.

La Corte confirmó la resolución revocatoria de la Cámara, sobre la base de los siguientes argumentos: Reconocer el carácter privilegiado de un crédito implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro y que tal calidad sólo pudo surgir de la ley. Los privilegios, en tanto constituyen una excepción al principio de la *par conditio creditorum*, deben ser interpretados restrictivamente. La existencia de privilegios queda subordinada a la previa declaración del legislador sin que esté dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos en la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general. La asignación de un privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto. Ni las convenciones internacionales ni la ley de discapacidad contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en un proceso concursal. En la medida que las normas internacionales consagran

un mandato general de mayor protección constitucional que implica obligaciones a cargo del Estado, no puede derivarse directamente de esas normas el reconocimiento de un derecho como el que se reclama. Los tratados internacionales no sólo no lo prevén sino que ni siquiera determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección que otorgan a los niños discapacitados materia que queda reservada entonces a cada uno de los Estados. Una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios con sustento en los amplios mandatos contenidos en los convenios internacionales podría conllevar también la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y o discapacitados un trato preferente, consecuencia que podría extenderse incluso a todos los sujetos comprendidos en alguno de los grupos vulnerables que cuentan con especial protección constitucional. Admitir el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal podría generar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica. Por ejemplo el cobro de las acreencias garantizadas por con hipoteca y prenda se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador. Esa preferencia se vincula con la protección del crédito que es indispensable para el desarrollo y el crecimiento del país y que depende en parte de la existencia y la eficacia de ciertos instrumentos que aseguren el recupero del crédito. En el caso concreto, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud y en definitiva, con la adecuada prestación de esos servicios que, de hecho, permiten atender el derecho a la salud de toda la comunidad.

3.2. *“Flores Lorena Romina c/ Giménez Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios (acc. Trán. c/ les. O muerte)”* (CSJN 6 de junio de 2017).

3.2.1. Interrogante: La cobertura de un seguro obligatorio ¿puede extenderse más allá de lo pactado entre el asegurador y el asegurado? ¿Existe un riesgo de vulneración a la función social del seguro?

3.2.2. El fallo: La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia anterior que había condenado a pagar daños y perjuicios por un accidente de tránsito, y, declaró inoponible el límite de cobertura establecido en la póliza, revocando en este aspecto lo decidido en la instancia anterior.

Señaló que el seguro de responsabilidad civil persigue entre sus propósitos, el de resguardar a la víctima y garantizar un resarcimiento rápido e integral, con fundamento en su función social. La Corte, revocó dicha sentencia, y juzgó oponible el límite de cobertura establecido en la póliza de seguro, argumentando que se prescindió de la normativa legal en forma dogmática y sin fundamento idóneo y suficiente, con la mera invocación de un supuesto resguardo a la víctima y a la reparación del daño padecido.

La pretensión de que la aseguradora se haga cargo de la indemnización más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato carece de fuente jurídica que la justifique, dado que el origen de su obligación no es el daño, sino el contrato de seguro y por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil. Tampoco obsta a la oponibilidad de las cláusulas contractuales al tercero, la modificación introducida por la Ley de Defensa del Consumidor puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro.

El Dr. Rosenkrantz, en su voto concurrente con el de la mayoría, dijo que si bien la Ley de Tránsito dispone la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para poder circular, no surge del tenor literal que la cobertura deba ser integral, irrestricta; y que la finalidad social del seguro no autoriza *per se* a los jueces a declarar inoponible al actor el límite de la cobertura pactada. Fundamentó este criterio en el principio de separación de poderes, que determina que no es de competencia de los jueces establecer el modo de realización de los fines de una institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos, debiendo quedar ceñido el control judicial a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o en las leyes.

Añadió que *no es para nada claro* que la limitación de la responsabilidad de las aseguradoras, establecida por la normativa examinada y plasmada en la póliza, desnaturalice la "función del contrato de seguro", ni que inhiba la realización de su finalidad social, señalando –antes bien– que parece ocurrir lo contrario dado que todo límite de cobertura debería aparejar la

reducción de su precio a menor cobertura. La reducción del precio de cobertura, entonces, hace accesible a más individuos la contratación del seguro, maximizando a la probabilidad de compensación a las víctimas potenciales de los daños producidos por los automotores, que es justamente uno de los objetivos buscados por el sistema de seguro obligatorio. Por otro lado, expresa que en materia de responsabilidad civil, el principio de la reparación integral no es incompatible con sistemas que establezcan una indemnización -limitada o tasada-, en la medida que el sistema en cuestión sea razonable, lo que sugiere que el derecho a ser compensado puede ser limitado cuando estas restricciones sean instrumentales, *para satisfacer los intereses de todos e incluso, ex ante, los propios intereses de los quienes ven limitada su indemnización.*

4. Tutelas diferenciadas y su impacto en distintos sistemas

4.1. La tutela jurisdiccional diferenciada es el concerniente al derecho a la salud, tropieza con restricciones económicas que no pueden soslayarse. Tan es así que se consideró , ante una situación *de gravísima coyuntura, los intolerables niveles actuales de pobreza, la crisis que afecta al mercado de la salud,* la emisión del DNU N° 485/2002 que declaró la Emergencia Sanitaria Nacional, que se mantiene a la fecha² . Incluso, se llegó a considerar que la atención médica como actividad social, la salud pública y la seguridad social como forma de solidaridad humana, se encuentra en “crisis terminal”.³

La Corte en distintas sentencias ha abordado este problema del frente entre el derecho a la salud y los recursos escasos.

En un precedente, dictado frente a un pedido de los padres de un menor discapacitado en el sentido de que se le concediera el beneficio de las prestaciones de un club al que asistía (a lo que había accedido la Cámara) La Corte revocó esta decisión argumentando que “*La sola circunstan-*

2 Sucesivamente prorrogada por: Decreto N° 2724/2002; Decreto N° 1210/2003; ; Ley N° 26.204; Ley N° 26.339 ; Ley N° 26.456; Ley N° 26.563; Ley N° 26.729; Ley N° 26.896; Ley N° 27.200; Ley N° 27.345 y Ley N° 27.431

³ ver Medina, Rafael *Amparo por salud. Criterios, conceptos y prácticas tribu-* nalicias, el-Dial.com - DC26A4 Publicado el 14/12/2018

cia de que la prestación requerida resulte beneficiosa para el menor (...) no justifica la imposición a la entidad prestadora de salud de la obligación de solventarle”, pues “... con el mismo criterio, debería hacerse pesar sobre esta cualquier otra actividad de carácter social que tuviera esa misma finalidad (...) lo cual carece de toda razonabilidad y no encuentra basamento alguno”. Y los derechos a la salud y el de las personas con discapacidad, “no son absolutos, sino que deben ser desplegados conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (...) a fin de asegurar el bienestar general”.

La Corte extrema estos recaudos para evitar que estos “derechos diferenciados” no excedan los límites marco de los regímenes legales y en otros supuesto en el que un discapacitado , , exigió determinada cobertura integral, desestimó su pedido por entender que no cumplía con los requisitos exigidos por la ley, señalando que *es principio del ordenamiento jurídico que rige en la República que tanto la organización social como la política y económica del país reposan en la ley, y si bien la exégesis de esta expresión no ha de caracterizarla como un concepto exclusivamente formal, debe estimarse excluyente de la creación ex nihil o de la norma legal por parte de los órganos específicos de su aplicación.... En ese sentido, cabe recordar que el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infra constitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma....*⁴

En tal contexto resulta necesario se indague la factibilidad concreta y real de la provisión total e ilimitada, en sus alcances, para estos sistemas protectorios en tanto que su aplicación irrestricta mucho daño ha hecho también al derecho público en su conjunto al idealizar lo que se ha dado en llamar un “catálogo de ilusiones”⁵ que, lo que es más grave, muchas veces de antemano se sabe que es de inviable realización: los “derechos imposibles”.

4.2. También, las sucesivas normas que dictaron para conjurar las periódicas y cíclicas crisis económicas que afectaron a nuestro país, dieron lugar a una doctrina conforme a la cual se tuvo en consideración el impacto

⁴ CSJN, RH. P.A. c/Comisión Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/Amparo, del 16-6-2015, Fallos 338:488 y sus fallos.

⁵ Ver Carnota Walter F. *Limitaciones razonables al derecho a las prestaciones médicas*; elDial.com -DC234B; Publicado el 14/06/2017

socio-económico que podían aparejar los posibles efectos expansivos de las decisiones jurisdiccionales.

En el precedente “*Peralta*”⁶ (CSJN 27/12/1990), la Corte convalidó la constitucionalidad de la normativa de emergencia que habilitó al Estado apropiarse de los depósitos bancarios, compensando a los ahorristas con un bono de deuda pública y se invocó la amenaza cierta de un descalabro económico generalizado y la legitimidad de las facultades de los poderes del Estado para conjurar esa situación, expresándose entre otras consideraciones “... *que el juez deba considerar cuál es el punto óptimo de equilibrio entre lo que se da a uno y se saca a los otros, y cómo considerar los valores en juego.*”. En una dirección distinta, se formuló un análisis económico del derecho en el fallo “*Smith*” (CJN 1/2/2002) dictado a propósito de la gravísima crisis cambiaria y financiera que experimentó nuestra economía allá por el año 2002, no obstante lo cual en el posterior precedente “*Bustos*” (CSJN 26/10/2004) dictado también en el marco de esa misma crisis se abunda en consideraciones que importaron un análisis del impacto económico de lo decidido en la sociedad.

Entre otras consideraciones se expresó que el caso guardaba una inusitada gravedad institucional y las consecuencias de lo que se decidiera incidirían sobre el bienestar de la sociedad.

5 .Herramientas de necesaria consideración jurisdiccional para aventar consecuencias no previstas.

Hemos visto la consideración por parte de la Corte de las consecuencias socio-económicas que resultan susceptibles de provocar sus decisiones. En tal sentido la doctrina ha dicho que el quehacer jurisdiccional, aún dentro de su propia racionalidad técnica, no puede ni debe quedar exento de asumir esos abordajes, obviamente dentro del necesario marco que la CN impone⁷.

Tanto se concientizó y consideró esta perspectiva que la Corte creó, , la “Unidad de Análisis Económico” (Acordada N° 36/2009); organismo que

⁶ LA LEY 1991-C, 158 CSJN 27/12/1990

⁷ Walter F. Carnota, *El análisis económico del derecho llega a la Corte Suprema*; Citar: eDial.com - DC11C3

tiene como objeto la realización de estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia, y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse.⁸

La destacada relevancia de esta unidad surge de los considerandos de la Acordada en cuanto considera que “*debe adoptar*” este tipo de análisis en las decisiones que llegan a su conocimiento, mencionando numerosa normativa con “*contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica*”, concluyendo que “*las resoluciones de este Tribunal constituyen también un dato relevante para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios y para quienes, en función del bienestar general y la equidad, regulan y controlan la realización de tales actividades*”, dando cuenta que este análisis tiene un enfoque en un marco de la jurisdicción constitucional.

La creación de tal unidad es una derivación de la consideración y aplicación, por parte del propio Tribunal, de tal concepción de análisis en sus sentencias, de la visión extendida y consecuencial en los fallos a dictar.

Acudió la Corte, en varias oportunidades, a la realidad económica subyacente a los casos en los que se pronuncia, teniendo en cuenta la ponderación de particulares circunstancias relativas a causas en concreto⁹ o bien circunstancias generales, por ejemplo al ponderar la emergencia económica¹⁰, de allí que los juristas deben efectuar el “análisis económico del derecho”, precisamente, porque sus decisiones desbordan lo estrictamente jurídico y se proyectan con grave incidencia en el mundo económico y financiero.¹¹

La visión que aporta este análisis sobre los posibles alcances y consecuencias expansivas de las sentencias suministra elementos en la realización del denominado *test de razonabilidad*, cual es el de la proporcionalidad

⁸ María Sofía Sagüés, Breve aproximación a la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Citar: elDial.com - DC11FF

⁹ Fallos: 331: 2271. Ver, asimismo, la Disidencia de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni en la causa “Automotores Saavedra S.A.”, Fallos 331: 108, 329: 1812, entre otros.

¹⁰ Fallos: 329:5913; 330: 855, 5111; 331:901, entre otros

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE “GOMEZ, SIXTO Y OTROS c/ ORTIZ, DANIEL Y OTROS - EXPTE.: C.S.J. NRO. 114 AÑO 1993 - 8-6-1995” Citar: elDial.com - SFE82

en su sentido propio, que implica la adecuación del medio seleccionado al fin propuesto¹² como así el de la “interpretación previsor”, lo que surge de la acordada cuando señala que “...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma” .

Tal injerencia en el ámbito del derecho tiene esta cuestión que, como así lo advierte la doctrina¹³, hay variadas y claras disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación que tienen su fuente en el análisis económico de derecho y así entienden que los principios de libertad, y justicia deben conciliarse con los estándares económicos de factibilidad y eficiencia.

6. Límites y consideración del estatus de vulnerable. El punto de equilibrio entre el vulnerable y los sistemas que lo sustentan.

El precedente desarrollo de los fundamentos o argumentos enfocados en el impacto socio-económico a considerar a la hora de resolver no procuran atribuir a la eficiencia económica una dimensión normativa prioritaria, sino relacionar en un adecuado equilibrio libertad individual, justicia individual y eficiencia económica, sosteniendo y proponiendo que una *ética de los vulnerables* no es contraria a tal análisis.

Así, como lo señala la doctrina, en concepción que compartimos, ello no debe implicar, por cierto, subordinar el derecho a la economía, o “presupuestarizar” los derechos.¹⁴

Ello, menos aún, cuando el caso incumbe alguna categoría de los vulnerables, aunque no debe desatenderse que este necesario análisis-visión también procura satisfacer las exigencias de efectividad de la tutela judicial

¹² . Sola, Juan Vicente, La Corte Suprema..., op. cit.

¹³ Tavano, María Josefina *El análisis económico del derecho en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*; eDial.com - DC1989

¹⁴ Walter F. Carnota, *El análisis económico del derecho llega a la Corte Suprema*; Citar: eDial.com - DC11C3

que prevén los tratados, disposiciones y criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵

De hecho, se está propugnando¹⁶ la denominada Economía del Bien Común, que tiene como paradigmas la dignidad humana, la solidaridad y la justicia social, , la transparencia y la participación democrática. Así partiendo del interrogante *¿de donde van a salir los recursos económicos cuantiosos, con un país prácticamente en déficit o default?* se busca brindar una herramienta de diagnóstico, medición de valores, alineados a los ordenamientos, incluidos los tratados de derechos humanos, para obtener una *especie de mapa integro de los valores y su relación con todos los actores involucrados*.

8. Conclusiones.

En las sentencias de mérito que involucren el reconocimiento de derechos diferenciados de los vulnerables deben evitarse las soluciones que conlleven una suerte de “traslación” de dicho estado de vulnerabilidad a otra persona o grupo de personas.

La interpretación que formulen los magistrados no puede sustituir la voluntad del legislador sino que debe procurar conciliar los postulados inherentes a la categoría de vulnerables con las restantes normas que integran el ordenamiento legal argentino y con las convenciones internacionales.

Los criterios de hermenéutica que se arbitren tampoco pueden resultar indiferentes a las consecuencias económico-sociales y en particular a las distintas emergencias sistémicas que en forma recurrentes afectan al país.

Los tratados internacionales vinculan a los Estados partes, al cumplimiento de sus cometidos, pero la instrumentación de sus previsiones debe ser compatibilizada por sus miembros de manera tal que armonicen con sus plexos normativos e instituciones locales.

La aplicación de las previsiones protectorias de los vulnerables, si bien extraordinarias y prevalentes a las que corresponden a quienes no se encuentran en tal situación, en modo alguno, habilita a los jueces a soslayar la ponderación del equilibrio social, económico y legal del país.

L.E. PALACIO – F.M. ASTOLFI

¹⁵ Art. 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 11/90.

¹⁶ Paola Karina Podrecca *Economía del Bien Común, economía centrada en la dignidad, humana* elDial.com - DC273C