
EL SISTEMA DE JUSTICIA FRENTE A LA DIFUMINACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Gustavo CAMELO¹

Resumen: El propósito de este trabajo es el de analizar la desaparición del "derecho privado" como una categoría útil para el análisis de las relaciones y los conflictos planteados entre los particulares y se propone reemplazarla por la de "derecho civil", más clara para los destinatarios de las normas y comprensiva de las temáticas y problemas tradicionalmente abordados por aquel "derecho privado". Para establecer la conveniencia de ese cambio, se analizan las modificaciones producidas en el último siglo en el sistema jurídico que rige en las relaciones entre particulares, por el desarrollo del sistema internacional de derechos humanos y el impacto de la tecnología en el medio social. Finalmente, se evalúan casos judiciales cuya resolución se alcanzó aplicando una perspectiva constitucional y convencional de valoración del conflicto, acorde con el cambio que se describe.

Palabras clave: Democracia, Derecho Civil, Órganos judiciales, Formación profesional.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the disappearance of "private law" as a useful category for the analysis of relationships and conflicts raised between individuals. On the contrary, it is proposed to use the "civil law" to address the problems traditionally approached by that "private law". In order to establish the convenience of this change, we analyze certain modifications produced in the last century, namely: the rules that govern relations between individuals, the development of the international human rights system and the impact of technology on the society. Finally, we evaluate some judicial cases in which the conflict was addressed from a constitutional and conventional perspective, according to the change that is described.

Keywords: Democracy, Civil Law, Judicial branch, Professional training.

¹ Juez de primera instancia en materia civil, Poder Judicial de la Nación Argentina; Profesor Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA); Profesor Titular Interino de Contratos (UNDAV). Profesor de Posgrado (UBA). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Correo-e: gcaramelo@gmail.com.

1. Introducción:

La categoría "derecho privado", con la que trabajamos por tiempo en el derecho argentino, se fraguó en un molde del siglo XIX. Entonces, y por buena parte del siglo XX, resultó una herramienta idónea para encuadrar y explicar un subsistema de normas diferenciado que se correspondía con la realidad de una sociedad de matriz patriarcal, en la que el mundo de las relaciones privadas aparecía notoriamente diferenciado del de las relaciones abarcadas por el derecho público. Pero hoy, esa categoría, que por cierta inercia se sigue empleando en el mundo académico, ya no resulta apta para abordar y explicar la complejidad del fenómeno jurídico vinculado con las relaciones entre particulares; por el contrario, confunde y oscurece.

Entendemos que existen razones fundadas para sustituir tal concepto por el de "derecho civil", en sentido amplio, y afirmamos que ese cambio no se limita a una cuestión meramente semántica, pues las palabras son caballos de Troya de las ideas y en este tema la falta de correspondencia entre significante y significado es fruto de un proceso histórico y cultural del que procuraremos dar cuenta en los siguientes párrafos, a fin de analizar la proyección de sus efectos en la actividad actual del sistema de justicia.

2. Desarrollo:

2.1. La Argentina del derecho privado:

Vélez Sarsfield era un jurista con intensa vida política². Diseñó un cuerpo normativo a la medida de la ideología del sector político y de la clase a la que pertenecía, destinado a crear un nuevo "sujeto político" que como parte de cierto voluntarismo "civilizatorio", reemplazara a la "barbarie", lo que puso de manifiesto en su famosa polémica con Alberdi.

Su proyecto de código civil, aprobado a libro cerrado en el Congreso Nacional, fue impuesto a la población como un sistema legal que se apartaba notoriamente de las normas y las costumbres hasta entonces aplicadas en el territorio nacional. El resultado de su trabajo daba cuenta de una visión patriarcal de la sociedad, en la que el padre regía fuertemente la vida de sus hijos y esposa, concebida como una incapaz de hecho relativa; distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, nacidos dentro y fuera del matrimonio, y preveía un régimen diverso en materia sucesoria para unos y otros; establecía una porción legítima hereditaria alta, que aseguraba la perduración de la propiedad de la tierra entre integrantes de los grupos familiares a que aquéllas pertenecían; no legisló el instituto de la lesión subjetiva - objetiva ni el abuso de derecho o la alteración sobreviniente de las circunstancias tenidas en consideración al tiempo de contratar, porque entendía que lo contractual era esencialmente justo; entre otros aspectos que ponían en evidencia que el derecho es una herramienta de la política y que el código civil fue diseñado de acuerdo a las necesidades de los sectores hegemónicos en el país de ese fin de siglo.

² Cuando se le encargó el proyecto de código civil era ministro de hacienda de Mitre y cuando lo presentó, ministro del interior de Sarmiento.

¿Cómo era el diseño del sistema de justicia que respondía a esa concepción de las cosas?, pues escrito, en un país en el que, según el primer censo nacional, el 77,4 % de la población era de personas analfabetas, lo que establecía un obstáculo relevante para las posibilidades de acceso a la Justicia de la mayoría de la población. La principal cualidad de la que debía gozar una persona para poder decodificar y acceder a lo que ocurría en los estrados judiciales era la de saber leer y escribir, de allí que se impusiera para los abogados la denominación de “letrados”, si además sabía derecho, tanto mejor. El sistema procesal adoptado, con numerosas modificaciones posteriores, fue y sigue siendo en alguna medida críptico, incomprensible para la gente no iniciada en los secretos de los rituales y en los rezos laicos, y a veces no tan laicos, del lenguaje de los tribunales, plagado de latinismos innecesarios, de deformaciones gramaticales y de expresiones lejanas al lenguaje común de la población. El dispositivo de la justicia civil pasó a ser un ámbito para la gestión de los intereses y de los conflictos de los sectores económicos medios y altos de la población, que dirimían allí sus cuestiones familiares, sucesorias y contractuales. Si se tramitaba un desalojo –lo que no siempre ocurría, pues a menudo los propietarios lo acordaban con el comisario de la zona, como lo pusieron en evidencia las protestas de la denominada “huelga de inquilinos” de 1907–, el proceso avanzaba con la finalidad central de restituir la tenencia de la cosa al propietario y sin consideración alguna por la situación de quienes serían desalojados. Recién con el tiempo, y por vía de las transformaciones del derecho de daños, comenzaron a ser parte en los procesos otros sectores de la población, de menores ingresos o situación social más desaventajada.

2.2. Los cambios profundos del siglo XX:

El desarrollo del Derecho durante el siglo XX puso en crisis el proyecto moderno de regulación, en un primer momento por el desarrollo de los Estados de Bienestar y en un segundo término, por la llamada globalización, que generó la pérdida de poder de los Estados Nacionales y la reafirmación del mercado como el nuevo espacio hegemónico de regulación social (TEDESCHI, 2001).

Tras la Primera Guerra Mundial, pero en especial, tras la denominada crisis del 30, diversos países desarrollaron políticas de intervención en la economía, las que en ocasiones dieron lugar a tensiones entre un sistema judicial conformado para responder a los intereses de un sector de la población, a una visión liberal del mercado y de las cosas públicas, y la nueva orientación de los gobiernos. La legislación protectoria establecida por dichas políticas generó un avance de lo público sobre lo privado, convalidado por la mayoría de los sistemas judiciales de los países en los que fue aplicada³.

Durante la Segunda Guerra Mundial se produjeron cambios sumamente profundos, de los que mencionaremos sólo los que consideramos de mayor relevancia para este análisis: i) la dimensión del conflicto determinó que

³ En nuestro país, ello se hizo explícito en fallos de la Corte Suprema de Justicia como “Ercolano vs. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161; “Horta vs. Harguindeguy”, Fallos 137:47; “Avico vs. De la Pesa”, Fallos 172:21, entre muchos otros.

involucrara masivamente a las sociedades y así fue que las mujeres tuvieron roles imprescindibles en el esfuerzo de guerra y ocuparon en la industria, la administración, el comercio y la enseñanza los roles que dejaron vacantes los hombres movilizados al frente y ese cambio se instaló en forma permanente de allí en adelante; ii) las atrocidades cometidas por los nazis con los chicos polacos determinaron que Polonia presentara a la consideración de las Naciones Unidas el proyecto de convención sobre los derechos del niño y que se acentuaran los esfuerzos que se venían realizando en el marco de la OIT para proteger a las niñas, niños y adolescentes de la explotación laboral; iii) a partir de 1942 se produjo masivamente la Penicilina, descubierta por Sir Alexander Fleming en 1928, lo que determinó una mejora sustantiva en las posibilidades de supervivencia de los integrantes de la especie, en especial de los chicos y de las madres en el postparto y iv) los avances en la tecnología militar se volcaron al uso civil al culminar el conflicto y ello permitió contar con mayores y mejores métodos de diagnóstico y de tratamiento para las enfermedades, lo que ha venido desde entonces incidiendo en la expectativa de vida de la población.

Al culminar la guerra se estableció la necesidad de desarrollar instrumentos de derecho internacional que posibilitaran el despliegue de una perspectiva humanitaria para la protección de los más vulnerables y así fue que se desarrollaron sistemas normativos y órganos de control y decisión tanto en el ámbito global como regional. Se implementó un sistema internacional de derechos humanos, derivado de los cambios expuestos, el que en gran medida actuó como catalizador del que se denomina habitualmente como “proceso de constitucionalización del derecho privado”, expresión que suena absurda en un sistema en el que rige la jerarquía normativa establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, pero que da cuenta del quiebre de la endogamia que por largo tiempo fue un rasgo, negativo, del derecho privado argentino, en el que no se invocaba a la Constitución casi más que para garantizar el derecho a la propiedad privada u otros vinculados con la estructura de poder familiar y social antes mencionada⁴ y que atendía a una concepción formal del derecho a la igualdad, que fue la tenida en consideración por Vélez al proyectar el código civil, presuponiendo una por lo general inexistente igualdad de los contratantes. Tal disociación entre el mundo de lo privado y la norma constitucional es propia de países que, como el nuestro, han sufrido interrupciones en la vigencia de las instituciones democráticas de gobierno, generadas por dictaduras cívico-militares, en las que, como fruto de la disciplina social impuesta desde el poder, la Constitución pierde su función, valor y eficacia como norma suprema y comienza a ser percibida por los habitantes del país sólo como un documento histórico, que no se invoca, o como una suerte de programa, de anhelo de lo posible (GARCIA DE ENTERRIA, 1984).

⁴ La importancia del derecho de propiedad en la Constitución Nacional de 1853-60 se desprende de la circunstancia de verificar que mientras no se hizo en ella mención a los derechos a la vida o a la salud, el derecho de propiedad fue establecido en los artículos 14, 15 y 17, el segundo de los cuales preveía la libertad de los esclavos entonces subsistentes en el territorio nacional, así como la indemnización de sus propietarios. Si bien los referidos derechos no mencionados deben considerarse implícitos en ese texto, la elección entre qué expresar y qué dar por implícito es una clara decisión política de quienes no podían desconocer la fuerza performativa del lenguaje.

Sobre el tramo final del siglo, los desarrollos tecnológicos y las necesidades de los mercados masivos, bajo un rediseño político del esquema de poder, condujeron a una nueva forma de vinculación entre sociedades, países y mercados, habitualmente conocida como “globalización”; que no se ciñe sólo a aspectos de mercado (PISARELLO, 2007) sino que abarca también la circulación de información y de contenidos culturales.

En el contexto de esa globalización se produjeron también notorios cambios, con incidencia directa en la modificación de derechos que no pueden hoy ser analizados con criterios del siglo pasado, pues la tecnología y la vinculación de las personas en redes que detectan, almacenan y utilizan información sobre los intereses personales, ha cambiado notoriamente la perspectiva de qué debe, por ejemplo, considerarse comprendido por la garantía constitucional del derecho a la privacidad.

Si bien se habla de constitucionalización del derecho privado, con mayor precisión técnica cabe referirse a convencionalización del derecho civil. Es que lo que mueve hoy las antiguas estructuras de las normas que rigen básicamente las relaciones entre los particulares es la penetración en su ámbito de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, cuestión con relación a la cual el Código Civil y Comercial introdujo dos disposiciones relevantes, pues en el artículo 1 estableció que los casos que se planteen con relación a sus normas deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables y conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República es parte; mientras que en el artículo 2 se determinó que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros elementos, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, todos ellos y no sólo los que tienen entre nosotros nivel de jerarquía constitucional.

2.3. Los cambios en el sistema normativo aplicable a los vínculos entre particulares:

2.3.1. El cambio en la concepción del principio de igualdad:

Se trata del principal cambio operado en el universo jurídico.

Por tiempo, los derechos de los que gozaban las personas se encontraban directamente asociados a su posición en la estructura social. Quienes detentaban mayor jerarquía o poder, gozaban de mayores derechos que no eran reconocidos a todos por igual. La Revolución Francesa atacó ese sistema por medio de una idea política devenida luego en principio constitucional: la de igualdad de los sujetos ante la ley, sin importar su posición social. El igualitarismo formal significó así la unicidad del sujeto (TEDESCHI, 2001). Esa concepción penetró en muchos de los sistemas normativos posteriores y en la regla igualitaria del artículo 16 de la Constitución Nacional, de vertiente diversa.

Nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentran en igualdad de circunstancias, pues se reconoce al Estado la facultad constitucional de tratar a las personas de modo diferente, siempre y cuando ello se funde sobre un criterio justificado (SABA, 2016).

Pero el problema ha sido que, tanto por cómo se concibieron los derechos, como por la organización del sistema institucional, el liberalismo que nutría tal concepción terminó afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente (GARGARELLA, 2008). El concepto de igualdad formal así enunciado distaba de verificarse en la realidad; su aplicación sin considerar la distinta situación de determinadas categorías de sujetos que sufrían desventajas sociales generaba inequidad, injusticia. Por ello, a partir de mediados del siglo pasado, como producto de números factores confluente, entre los que se encuentran los que ya hemos enunciado, la noción formal de la regla igualitaria comenzó a mutar hacia una concepción que tiene en cuenta la existencia de determinadas categorías de personas en situación de sometimiento o vulnerabilidad estructural, para las que establece un estatus jurídico diferenciado, no basado ya en su mayor poder sino en la presunción de encontrarse en una particular situación de debilidad contextual. Nuestra Constitución Nacional reconoce siete categorías que gozan de un estatus jurídico diferenciado en razón de su mayor vulnerabilidad: los trabajadores (art. 14 bis); los integrantes de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17); las mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23) y los consumidores (art. 42).

La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas es un imposible que conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias (ALEXY, 1986). El trato jurídico diferenciado ha pasado de ser, entonces, un privilegio impuesto por los poderosos a un derecho del que gozan los vulnerables y opera como un nivelador de asimetrías.

La especial protección de la que gozan los niños o el derecho a una mayor autonomía de los ancianos, el respeto por los derechos de las mujeres o de las personas que sufren alguna forma de discapacidad no pueden ser hoy soslayados en las relaciones entre particulares, quienes no pueden someter a las personas que integran esas categorías a trato discriminatorio.

Por lo dicho, podemos distinguir dos visiones de la igualdad: la "clásica", próxima al pensamiento liberal tradicional, de cariz individualista, que ha dominado por tiempo entre nosotros la discusión sobre la igualdad, y otra, que podemos denominar "estructural", para la que resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales, que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a sectores de la sociedad (SABA, 2007).

Los mecanismos técnicos de morigeración de las asimetrías padecidas por las categorías antes mencionadas, determinan una nueva pluralidad de sujetos de

derecho; caracterizada por su mayor vulnerabilidad. Ella constituye presupuesto de hecho de la protección diferenciada y puede ser estructural o coyuntural, económica, cognoscitiva, etc. (LORENZETTI, 2003).

2. 3.2. El desarrollo de la sociedad de consumo:

El progreso de la economía masiva de producción de bienes y provisión de servicios determinó la necesidad de introducir mecanismos regulatorios destinados a evitar los abusos de los productores y proveedores, especialmente de quienes gozan de una posición dominante en el mercado, y las distorsiones que de ello se pueden derivar para los consumidores.

Hoy son numerosas las actividades que no pueden ser desarrolladas si no es en gran escala (ej. telefonía celular; medicina prepaga, seguros, etc.) y ello conlleva un sucedáneo jurídico, que es el de la contratación por medio de adhesión a cláusulas predispuestas por el proveedor, sistemas de comercialización en los que ha sido habitual la inclusión de cláusulas abusivas cuyos efectos es necesario neutralizar para una adecuada protección de la parte más débil en la relación de consumo. Ello requiere de un rol activo de agencias especializadas del Estado, pues los particulares no se encuentran habitualmente en condiciones de siquiera comprender la complejidad del entramado de negocios conexos en cuyas redes vinculares se encuentran inmersos y en no pocas ocasiones, atrapados.

Los derechos de los consumidores y usuarios se desarrollan en un nuevo territorio, que se despliega en la intersección de los conjuntos normativos del derecho público y del tradicionalmente denominado derecho privado. En el ámbito propio de las normas de regulación del consumo se establecen las pautas de gobierno tanto de cuestiones que atienden a la contratación entre particulares, que la dogmática clásica encuadraba en el ámbito privado, como las inherentes a la prestación de servicios públicos, propias del derecho administrativo.

Se suma a ello que los cambios habidos en distintos factores que confluyen en la conformación de estas relaciones jurídicas, económicas y sociales, determinaron el desarrollo de un especial orden público protectorio, que introduce herramientas destinadas a compensar las asimetrías y resguardar los intereses de los más vulnerables; cuestiones fuera del área de disponibilidad de las partes.

La categoría de consumidor emerge y gana centralidad en la teoría económica moderna, la cual desplaza el interés por la producción, la oferta y el costo,

propios de los economistas clásicos hacia el consumo, la demanda y la utilidad (ARRIBAS y de PINA, 2008). Hoy, lo que da ganancias es la desenfrenada velocidad de circulación, reciclado, envejecimiento, descarte y reemplazo -no la durabilidad ni la duradera confiabilidad del producto- (BAUMAN, 2002).

Los consumidores, en tanto tales, somos personas objetivamente vulnerables. Nos sentamos en nuestro lugar en un avión, tren o micro y esperamos que alguien habrá controlado que las cosas estén en buen estado. Nos sometemos a una práctica diagnóstica médica, dando por sentado que el aparato con el que se va a efectuar está bien calibrado y que no nos producirá ningún daño. Empleamos teléfonos celulares, en la inteligencia de que no afectan nuestras neuronas mientras conversamos por medio de ellos. Ingresamos a una autopista con peaje, descontando que podremos transitar por ella sin encontrar obstáculos imprevistos en el camino. A diario confiamos en sistemas prediseñados, establecidos por años de evolución y por una multiplicidad de personas que intervinieron en su concepción, diseño, puesta en marcha, conducción y mantenimiento. Muchos de esos sistemas hoy día cuentan con capacidad para resolver problemas automáticamente, sin intermediación directa de la voluntad humana, transformándose en sistemas expertos, que constituirán parte cotidiana de nuestra vida en los próximos años. No podemos controlar lo que nos rodea y de lo que nos servimos para la satisfacción de nuestras necesidades, cosas y servicios potencialmente dañosos, con relación a cuya provisión pueden existir abusos. Es necesario, pues, que el Estado, que cuenta con posibilidades efectivas de establecer agencias de control y de enfrentar a los poderes económicos que pueden avasallar los derechos de los particulares, establezca pautas para el buen gobierno del mercado y de la sociedad.

Hoy son numerosos los vínculos que, inicialmente establecidos por partes privadas, en los que el contenido del programa prestacional inicialmente considerado es modificado por el Estado sin intervención de los contratantes, lo que arrolla la concepción tradicional del contrato, que suponía que el contenido normativo de éste era volcado por partes iguales y libres que negociaban cláusulas de autonomía. Así ocurre, por ejemplo, con relación a los contratos de medicina prepaga vigentes, cada vez que el Ministerio de Salud modifica el Programa Médico Obligatorio (PMO), que enuncia el catálogo de prestaciones de cumplimiento ineludible por los distintos efectores del sistema de salud.

Muchos contratos de consumo se celebran por el mecanismo de adhesión a cláusulas predispuestas, frente al que no cabe ya hablar de autonomía sino, como lo hace el Código Civil y Comercial, de libertad de contratar, la libertad de decidir si se adhiere o no a los términos preestablecidos por otro cuyo producto o servicio requiero.

Como el Estado penetra en numerosos temas en los vínculos entre particulares, también se verifica que empresas particulares asumen roles que han estado históricamente a cargo de la administración, como ocurre con las empresas de seguridad y custodias privadas que resguardan hasta edificios públicos. Hoy

son muchas las actividades estratégicas cuya prestación se encuentra a cargo de empresas privadas.

2. 3.3. El fin de la privacidad:

Desde la perspectiva global, el cambio más profundo que han experimentado nuestras sociedades es el generado por las tecnologías de la informática y las comunicaciones, cuyo desarrollo ha creado las vías para la penetración de la privacidad de las personas y necesidades específicas en materia de protección de datos personales y de la intimidad de los usuarios⁵. Las redes digitales poseen gran capacidad y muchas posibilidades en materia de tratamiento de los datos personales. Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura mundial para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Internet presenta un conjunto de nuevas complejidades con relación a la situación de las personas humanas, que a menudo interactúan con redes de información sin conciencia de los riesgos que asumen. Se trata de una vía de circulación que, al igual que las "materiales", las calles, rutas, autopistas, ríos, mares o vías de navegación aérea, presenta riesgos para quienes transitan por ella. Es hoy común que los usuarios de redes sociales expongan en ellas todo tipo de cuestiones. Y su actividad puede ser objeto de un relevamiento más o menos constante de gustos e intereses, realizado por medio de las conocidas como *tracker cookies*, algoritmos de rastreo que ingresan a nuestro sistema informático y registran cuáles son los sitios que visitamos, las consultas que realizamos, nuestros intereses, lo que pone a las personas en riesgo de afectación de su identidad, también en su faz dinámica.

Es claro que todo lo expuesto marca un cambio profundo y notorio en el concepto de privacidad existente al tiempo de la fragua de la parte dogmática de nuestra Constitución y del Código Civil. Vivimos en una sociedad panóptica, en la que, como en el diseño de Jeremy Bentham, todos podemos estar siendo observados, nuestra actividad monitoreada, nuestras inclinaciones, gustos y deseos, clasificados. Pero el reconocimiento del fenómeno es también señal de alerta; porque es claro que se impone luchar por el derecho a la preservación de la intimidad, pues el respeto de la dignidad de las personas constituye una piedra basal de nuestro sistema jurídico, que no debe ni puede ser removida sin riesgo para la vida democrática sustantiva. Pero ello, esa lucha, es también cuestión de interés común y no puede ser llevada adelante por los particulares, frente no ya sólo al Estado sino a megacorporaciones, poderes fácticos del mercado que pueden condicionar aún al propio Estado, sin una adecuada respuesta de los órganos jurisdiccionales en caso de violación de derechos individuales.

Por ello es importante, ineludible, que los jueces tengan conciencia plena de los cambios operados, que sepan efectuar un análisis crítico de las situaciones, desprendiéndose de conceptos ya degradados o pulverizados por la realidad y adoptando los necesarios para un análisis adecuado de las relaciones actuales,

⁵ Unión Europea, Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

porque de no proceder así no estarán en condiciones de dar una respuesta adecuada a los requerimientos de tutela judicial efectiva de quienes la demanden frente al avasallamiento de sus derechos individuales, aun cuando den una respuesta formal, de otro mundo, de un tiempo ya pasado.

2. 3.4. La operatividad de los derechos humanos de naturaleza social en el ámbito de las relaciones entre particulares:

El tercer factor relevante, con incidencia notoria en el sistema de relaciones jurídicas entre particulares, es el derivado de la penetración de los derechos humanos de naturaleza social en el ámbito de las relaciones entre los particulares, quienes deben respetarlos en la formulación de sus vínculos.

La cuestión plantea un problema sistémico muy interesante, pues en materia de derechos humanos el obligado es el Estado y cabe señalar cómo juega ello en vínculos entre particulares. La penetración de las normas internacionales sobre derechos humanos revitalizó todas las áreas de nuestro sistema jurídico, no sin resistencias. Uno de los argumentos que habitualmente se invocan para intentar soslayar la aplicación de los derechos sociales contenidos en tratados sobre derechos humanos sostiene que mientras que el respeto de los derechos habitualmente incluidos en la categoría de los "civiles y políticos" se puede alcanzar por vía de una conducta negativa del Estado –no detener arbitrariamente a las personas, no condenarlas sin juicio previo, no interferir con el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad privada, etc.–, los derechos sociales exigen acciones positivas, pues para su satisfacción requieren del diseño de políticas concretas (ABRAMOVICH - COURTIS, 2002), por lo que no pueden ser los jueces quienes dispongan su implementación. Pero se trata de una distinción falaz o aparente, pues también el respeto de los derechos civiles exige de parte del Estado la creación de la infraestructura necesaria para ello; de hecho, la comunidad destina una gran cantidad de recursos para hacer efectivo el derecho de propiedad, a través de la organización de registros, de servicios de catastro, de juzgados, etc. y, por otra parte, los derechos sociales también entrañan obligaciones de abstención –no dañar la salud, no empeorar la educación, etc. –.

Es claro que las disposiciones de los tratados deben ser aplicadas como norma constitucional. No se trata de programas políticos ni de enunciados de buenos propósitos, sino de normas jurídicas que establecen derechos que deben ser garantizados por el sistema jurídico argentino. Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene por único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que condiciona el ejercicio de todo el poder público, incluido el judicial, por lo que su violación no sólo genera un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino también la violación de la Constitución misma y, en el plano interno, la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de normas de rango constitucional (ABRAMOVICH - COURTIS, 2002). Así, quien necesite hoy formular en nuestro país una caracterización jurídica de los requisitos de una vivienda adecuada no podrá prescindir de lo establecido en la Observación General N° 4 del Comité del PIDESC, que los enuncia.

Por otra parte, en materia de derechos humanos rige el principio de progresividad, establecido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas, norma que sirvió de antecedente al artículo 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y al artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador⁶. lo que determina una tensión entre los derechos constitucionales de la población y las políticas de restricción del gasto público en lo que a inversión social respecta, lo que conlleva habitualmente la judicialización de los conflictos por ello generados.

La penetración de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones entre los particulares tiene un sinnúmero de proyecciones relevantes, pues exige, por ejemplo, que todo proyecto de construcción que se encare tenga en consideración la situación de personas con algún grado de discapacidad; que los sistemas de salud y los establecimientos educativos tengan en consideración la capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes; que se establezca un límite a las facultades discrecionales de admisión de una de las partes contratantes, para que expresen el ejercicio de un arbitrio razonable y no arbitrariedad, evitando que los criterios de exclusión alcancen alguna de las categorías sensibles consideradas en la normativa antidiscriminatoria, lo que se vincula con la ya mencionada visión estructural del derecho a la igualdad; ello entre otros factores en los que es posible proyectar efectos de tal normativa convencional.

2.4. La difuminación del derecho privado:

La distinción entre la esfera de lo público (*koiné*) y la de lo individual (*oikos*), se estableció en la antigua Grecia y, según se ha señalado, no ha podido ser reemplazada por la jurisprudencia, las Ciencias Políticas o la Sociología (HABERMAS, 1991). Se trata de una distinción con fuerte raigambre en la cultura occidental y es claro que puede ser considerada un valor en nuestras sociedades, aunque ya no tenga razón de ser su correlato semántico en el derecho, como se ha señalado antes.

Para su abordaje, protección y regulación, el derecho argentino estableció hace tiempo un conjunto de reglas y principios que tenían en consideración un ideal igualitario impuesto, inexistente ya en el tiempo de su formulación. Y la evolución habida en la realidad y en la sociedad desde entonces no ha hecho más que incrementar las asimetrías de esa paridad axiomática, ficticia. Se han acotado los límites de lo que tradicionalmente se ha denominado "derecho privado". Sus fronteras se han difuminado, a punto tal que es hoy en ocasiones sumamente dificultoso reconocerlas. Los intereses comunes penetran los particulares, especialmente bajo la forma de un orden público protectorio que ha expandido su área de actuación, ocupando los territorios antes sacrosantos de lo privado.

⁶ Como lo señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 3 (párrafo 9), la expresión "progresivamente" debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, que es establecer obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.

Hoy la noción de derecho privado confunde más que explica; porque ¿cómo puede sostenerse ante una persona que es “privada” la relación de uso de telefonía celular, cuando todos los componentes necesarios para ella, desde los técnico materiales hasta los jurídicos, pasando por los inherentes a la comercialización, se encuentran fuertemente regulados por normas heterónomas impuestas por el Estado, las que pueden ser modificadas durante la ejecución del contrato, sin negociación de partes? Y otro tanto ocurre con diversos contratos necesarios para la vida y el desarrollo de las personas, como los vinculados con servicios educativos y recreacionales, con salud, con acceso a vivienda, etcétera.

Por ello propiciamos sustituir la referencia al derecho privado por el empleo de la expresión “derecho civil”. Ella no solo puede ser reconocida fácilmente por la población en nuestra tradición cultural, sino que puede ser empleada en sentido amplio, comprensivo de las relaciones propias del derecho comercial, como ocurre en el artículo 20 de la Constitución Nacional cuando establece que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...”.

2.5.El rol de los jueces civiles en las circunstancias actuales:

Es claro que los jueces tienen roles políticos. Existe una dimensión política de la juridicidad. La función judicial es la función propia de un poder de Estado y tiene a su cargo la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. A menudo encontramos que algunos jueces niegan esa dimensión política de su función, temiendo que un reconocimiento en tal sentido traiga aparejada su clasificación dentro de los seguidores de un determinado partido, o que realmente creen que lo suyo no es político, pero a ellos cabe aplicar la frase que se atribuye a Enrique Petracchi, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien habría dicho que todos los jueces son políticos. A lo sumo les pasará lo que a los cangrejos, que son crustáceos pero no lo saben⁷.

Un paradigma jurídico definitivamente en crisis, de orientación formalista e instrumental, ha contribuido a mostrar sólo las dimensiones “tecnológicas” del derecho y a escamotear, correlativamente, esas otras en las que este discurso social se despliega en su función de legitimación y organización del poder, en su función política (CÁRCOVA, 1996).

Un juez que interviene en cuestiones civiles debe tener hoy un rol activo en la adopción de las medidas que resulten necesarias para maximizar las garantías constitucionales en los casos en los que le toca intervenir y, en especial, en aquellos en los que la violación de derechos afecta a vulnerables o proviene de

⁷ Ver entrevista al Dr. Enrique Petracchi “La democracia y el Poder Judicial”. Lecciones y Ensayos. Recuperado del siguiente link: www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_petracchi.php

los obligados a darles tutela. El denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial. Es claro que la sociedad no quiere un modelo de juez burócrata o indolente, pero sí uno que tenga un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables⁸.

El derecho procesal ha respondido desde hace tiempo a los cambios necesarios para posibilitar a los jueces ejercer su función en forma acorde con los requerimientos actuales del ordenamiento jurídico argentino. Las primeras variaciones se produjeron por vía de la modificación de normas procesales que inicialmente otorgaron a los jueces facultades ordenatorias e instructorias, luego transformadas en deberes⁹; y con el tiempo, ya desde el plano sustantivo, se fueron identificando situaciones de vulnerabilidad que merecían una tutela especial, porque ella estaba prevista en las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal; pero los anticuerpos del sistema, entre los que operó por tiempo el sistema inmunológico de los propios jueces, se encargaron de elaborar una concepción del proceso indebidamente limitativa, destinados a enervar el ejercicio de facultades ordenatorias o instructorias bajo el ropaje de una autorrestricción republicana, confundiendo así la cuestión de la limitación constitucional de las áreas de actuación establecidas para cada uno de los poderes de gobierno con el soslayo de los deberes constitucionales de quien debe garantizar tutela judicial efectiva, en los términos de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para explicar a qué nos referimos, debe tenerse en claro que si en el artículo 2 del PIDESC se establece que los Estados Partes se comprometen, hasta el máximo de los recursos disponibles, a adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el tratado, la cuestión relativa a la ejecución presupuestaria puede ser una cuestión justiciable en un caso en el que se discute la asignación de recursos para la satisfacción de un derecho esencial por el que se reclama en un proceso de amparo; pues de otro modo el juez no podrá determinar si se está cumpliendo con la afectación de ese máximo de recursos disponibles, como lo impone la norma convencional. Por ello, hoy un juez civil tiene también ante sí un delicado balance de derechos de naturaleza constitucional.

Por otra parte, el incremento exponencial de la velocidad de los ciclos de avance tecnológico determina que se presenten y puedan presentar a consideración de jueces planteos que no han transitado aún por los caminos de elaboración de las decisiones políticas de los otros poderes del Estado, como ocurre con la aplicación de nuevas drogas aún no autorizadas en el país o de técnicas de reproducción o procedimientos diagnósticos o terapéuticos, etc., cuestiones en las que en principio la actividad de los jueces proporciona la única respuesta efectiva y rápida del Estado frente a conflictos que tradicionalmente

⁸ Las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como “Siri” (Fallos 239:459, año 1957); “Kot” (Fallos 241:291, año 1958); “Sejean” (Fallos 308:2268, año 1986) y “Halabi” (Fallos 332:111, año 2009), por mencionar algunos, son expresión clara de un encomiable activismo judicial.

⁹ En el ámbito nacional, la ley 22.434, de 1981, preveía en su artículo 36 diversas facultades ordenatorias e instructorias que con la sanción de la ley 25.488, que entró en vigencia en 2002, se transformaron en deberes

eran procesados por otros poderes de gobierno cuyos tiempos de elaboración o deliberación no siempre acompañan los del avance tecnológico y las necesidades de las personas (GARAPON, 1997).

Siempre han existido factores que han determinado que la tarea de los jueces no pueda ser considerada una labor simple, pero en las últimas décadas se ha incrementado notoriamente la complejidad de las circunstancias propias del contexto en el que deben emitir sus decisiones y en el marco de una crisis global de la razón jurídica (FERRAJOLI, 2010), que no facilita ciertamente la tarea. Esa complejidad, se traslada en ocasiones a los procesos y se requiere jueces preparados para abordarla y tomar una decisión fundada.

Si bien ya minoritario, subsiste un criterio que considera que el juez civil debe mantener una actitud pasiva y desde allí se critica a los magistrados "activistas"; pero debe tenerse en cuenta que por más "activista" que sea un juez, no va a buscar los casos, sino que ellos llegan a él por mecanismos de asignación preestablecidos, y una vez recibidos tiene obligación de resolverlos¹⁰, lo que debe hacer según los principios y reglas derivados de la aplicación de las normas constitucionales, convencionales e infraconstitucionales vigentes. Reconocer la necesidad de un grado de activismo razonable no importa convalidar el "gobierno de los jueces", pues el diseño y la implementación de las políticas públicas es prerrogativa de los otros poderes de gobierno; pero sí dar cuenta del nuevo rol que les cabe en un sistema legal orientado por disposiciones internacionales sobre derechos humanos.

2.6. Hacia un nuevo diseño judicial:

Los cambios operados y el mayor involucramiento del interés público en los conflictos entre particulares determina la necesidad de algunos cambios.

2. 6.1. Imprescindible avance hacia un sistema de proceso oral con intermediación efectiva:

Los jueces son percibidos por la sociedad como integrantes de una organización opaca, ineficiente y sospechada de corrupción. Si bien ello no resulta justo en lo personal con relación a la mayoría de los magistrados, se han ido sumando razones para ello.

El sistema de enjuiciamiento escrito es al cabo formalmente eficaz, pues produce alguna decisión de clausura del conflicto jurídico; pero es profundamente ineficiente en su gestión, porque lo hace a destiempo y sin audiencia efectiva de los interesados, lo que se traduce en ineficacia sustantiva.

Hay en la concepción que sustenta el proceso escrito una apropiación casi absoluta del conflicto por otros: abogados, mediadores, jueces, peritos, etc. Cuando

¹⁰ El ordenamiento jurídico exige a los jueces encontrar una respuesta a los casos que se presentan a su consideración y que, a diferencia de los abogados que ejercen libremente la profesión, no han podido elegir. En el artículo 3 del Código Civil y Comercial se impone al juez el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

un caso entra en el sistema de justicia en tal soporte, las partes, las víctimas, los sujetos que padecen inquietud o angustia por la cuestión pendiente de resolución, son casi espectadores de sus propias circunstancias, una suerte de pacientes del Estado, entregados a la mayor o menor eficiencia e idoneidad de la organización establecida para la resolución de los conflictos.

Toda esperanza de función epistémica del proceso –considerándolo como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia (TARUFFO, 2010)– debe ser abandonada al ingresar en el proceso escrito.

Para que el sistema de justicia cumpla su función y se legitime frente a la sociedad a la que sirve, se necesita transparencia; que las personas conozcan cómo el sistema de justicia procesa los casos; que las partes puedan acceder directamente a escuchar debates que involucran a sus intereses; que se le vea la cara al juez y que se resuelvan los conflictos en tiempo razonable¹¹, aspectos a los que la oralidad hace un aporte cualitativo.

Pero no basta trabajar con oralidad, se requiere que los jueces sean quienes dirijan personalmente las audiencias. Cuenta la leyenda que existen magistrados que consideran que cumplen la obligación de asistir a las preliminares por vía del despliegue de una suerte de rol de “saludador institucional” que abre el acto, pregunta si hay acuerdo y, cualquiera sea la respuesta, se retira luego, dejando el desarrollo a cargo de colaboradores. La gravedad de tal ficción es que pone en evidencia que es el propio juez quien considera al proceso como una puesta en escena.

La necesidad de evolución hacia un sistema de juicio oral tiene también una clave política, pues conlleva un involucramiento directo de las personas con su caso; que acudan a responder preguntas de la otra parte o del juez, no ya bajo el esquema formal de una absolución de posiciones, sino como un intercambio discursivo en el que se oponen tesis cuya confrontación y cotejo con los elementos de prueba llevará a la síntesis que el juez debe producir en la sentencia. Los interesados escuchan que hay otras razones que se pueden presentar tan bien como la suya y así, en caso de sentencia total o parcialmente contraria a sus intereses, no pensarán necesariamente que fue por un injusticia o corrupción del sistema.

La oralidad permite también conocer más sobre el derecho. A diferencia de lo que ocurre en los países con tradición de juicio oral, en los que a menudo

¹¹ La República Argentina fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación del plazo razonable para la decisión de una demanda civil por daños (caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

los juicios son seguidos o vistos por gran cantidad de personas que de un modo u otro aprenden con ello acerca del sistema de derechos que regula sus vidas, el juicio escrito impide tal difusión, es oscuro, poco transparente, genera desconfianza y mantiene a los jueces ocultos de la luz de la cosa pública, de la sociedad a la que sirven.

2. 6.2. Necesidad de capacitación constante:

Hoy los jueces pueden tener que enfrentar situaciones novedosas, sin cartografía normativa que los guíe. Deben acudir a los recursos de su formación y de su estudio para el caso. Y puede que se trate de un magistrado que lleve años en el cargo y a quien nadie le ha exigido que actualice los criterios con los que atravesó el proceso de selección, más allá del seguimiento de las variaciones normativas y de la jurisprudencia usual. Por otra parte, en nuestro país los jueces ejercen el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas sancionadas por los otros poderes del Estado, electos por el voto popular.¹²

Dadas tales circunstancias, cabe preguntarse si es razonable que el Estado argentino no exija y promueva la capacitación constante de los encargados de cumplir tales funciones. Es habitual que los magistrados realicen cursos y procuren mantener al día su formación y criterios con relación a diversos aspectos, principalmente a los jurídicos; pero ello depende de su iniciativa personal y no de programas establecidos en interés de la función que deben desempeñar.

A menudo, intereses litigantes se encuentran detrás de muchos programas de formación, y no cabe pensar que ellos vayan a aportar recursos para proporcionar una visión de las cosas contraria a sus intereses o cuando menos neutral. Se requiere capacitación con base en una agenda de seguimiento de cuestiones conflictivas y con la finalidad de proporcionar a los magistrados herramientas conceptuales idóneas para decidir con imparcialidad en materias complejas.

La capacitación progresiva y constante de los jueces es imprescindible y hace a la legitimación social de la función jurisdiccional. Y ella debe abarcar temas diversos, no necesariamente jurídicos aunque sí vinculados, como el

¹² No voy a desarrollar aquí, porque excede el propósito de este trabajo y es ampliamente conocido, el problema de la objeción contramayoritaria.

conocimiento del funcionamiento de Internet y de las redes sociales, para que sepan cómo dirigir una medida cuando deben actuar sobre un contenido o sitio; los principios bioéticos, a menudo de aplicación cuando se presentan cuestiones novedosas en el área del bioderecho, etc. En tales temáticas, no basta la buena formación jurídica del juez, es necesario que se encuentren en condiciones de valorar aspectos metajurídicos del caso que se le presenta.

Pero no solo se requiere capacitación de los jueces y de los demás servidores públicos del sistema de justicia; es necesario también que las universidades y los colegios profesionales desarrollen programas de capacitación para abogados y otros auxiliares de la función judicial, a fin que se capaciten especialmente en los requerimientos de un proceso en el que se debaten derechos sociales, los que presentan particularidades y exigencias muy distintas de las propias de un esquema de litigio bilateral por un conflicto tradicional.

2.6.3. Organización y recursos logísticos:

A ello se suma que en la mayoría de las organizaciones judiciales del país cada juzgado es una suerte de unidad aislada en la que imperan los criterios establecidos por su titular y si un juez debe adoptar una medida que involucra órganos del Estado, debe iniciar un camino de búsqueda para determinar a cuál de ellos, en el multiforme cuerpo de la burocracia, debe dirigir la medida. Es necesario contar con oficinas judiciales de apoyo logístico, que realicen esa búsqueda por encargo del juez y que mantengan actualizados los recursos disponibles, como los que pueden necesitar los magistrados con competencia en asuntos de familia y capacidad de las personas, cuando deben ordenar internaciones.

La experiencia con distintas oficinas del Estado indica que la unidad de actuación de éste es solo una apariencia y que dentro de su estructura burocrática se pueden encontrar una organización poco clara, algunos órganos que eluden el cumplimiento adecuado de sus obligaciones y otros cuyos equipos de trabajo miran con recelo a otros de la misma administración. El juez que aborda por primera vez esa problemática puede verse empantanado por deficiencias de funcionamiento de otro poder del Estado, lo que puede evitarse si se cuenta con oficinas especializadas que conocen el territorio, cuyas variaciones siguen para ello, y que pueden asesorar rápidamente al juez sobre la mejor forma para dirigir y tramitar el requerimiento de información o de un recurso determinado.

También se requiere un apoyo logístico especial para aquellos jueces que deben llevar adelante procesos colectivos, pues su incidencia en el trabajo cotidiano puede afectar negativamente la buena marcha de otras causas en trámite en el órgano jurisdiccional en el que tramitan.

2.7. La proyección de los cambios del derecho civil en el trabajo judicial:

Algunos ejemplos pueden servir para dar cuenta de cómo los cambios apuntados inciden en una distinta respuesta jurisdiccional.

a) En "Ledesma"¹³, una sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la acción iniciada por una pasajera que había sufrido daños al descender en hora pico de un vagón de subte e introducir su pie en el espacio existente entre el vagón y el andén, ello con fundamento en la existencia de "culpa de la víctima", una de las eximentes de responsabilidad consideradas en el artículo 184 del antiguo Código de Comercio; decisión que fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considerando que debía primar una visión constitucional del caso, que los jueces debían actuar con criterio de realidad al analizar la situación en la que se producían los hechos y que el artículo 42 de la ley suprema garantiza a los consumidores y usuarios la protección de su salud, seguridad e intereses.

b) "Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari, Carlos Alberto y otros s/ ejecución de alquileres"¹⁴, se solicitaba un desalojo de varias familias que habitaban desde décadas atrás un inmueble del barrio porteño de La Boca, concluyó con la compra del edificio por ellas, que formaron una cooperativa de vivienda; ello sin que el gobierno local tuviera que poner más dinero que el que le habría exigido sustentar soluciones habitacionales mayoritariamente transitorias que podrían haber concluido con esas personas en situación de calle pues sólo dos grupos familiares calificaban para el otorgamiento de préstamos para la adquisición de vivienda, dados por el Instituto de la Vivienda de la Ciudad. Esos vecinos aportaron a la cooperativa la suma de esos mutuos, a la que se sumaron las correspondientes a los subsidios que por diez meses hubieran correspondido a los restantes grupos familiares, lo que permitió alcanzar la suma que el propietario requería como precio del inmueble.

El edificio fue puesto en condiciones habitacionales adecuadas con fondos aportados por la Secretaría de Hábitat del gobierno Nacional y el proyecto y dirección de la obra estuvo a cargo de profesores y estudiantes del voluntariado de la Facultad de Diseño y Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires.

La escritura por la que los vecinos obtuvieron la titularidad del inmueble fue realizada por la Escribanía General de la Nación.

El actor y los vecinos demandados en el proceso obtuvieron satisfacción a sus intereses, por medio de la organización de los recursos que podía aportar el Estado que con ello evitó que numerosos grupos familiares, con niños y personas ancianas, quedaran en situación de calle. Todo fue coordinado desde el juzgado en una multiplicidad de audiencias en las que se establecieron lineamientos de trabajo para cada sector involucrado.

c) En "O.A.A. y otro c/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDÓN y otro s/medidas protectorias"¹⁵, la mamá de una adolescente de 15 años de edad, con el patrocinio de la defensa pública y de la asesoría de incapaces por la

¹³ CSJN, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.", del 22 de abril de 2008, Fallos 331:819.

¹⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 13 de junio de 2014.

¹⁵ Juzgado de Familia N° 5 de la Ciudad de Mar del Plata, 13 de junio de 2017.

representación complementaria de la niña, inició una acción destinada a obtener “tutela jurisdiccional diferenciada” para restablecer los derechos sociales y sanitarios de la niña, en extrema situación de vulnerabilidad, por tratarse de una mujer, menor de edad, con retraso mental moderado, pobre, con insuficiencia renal crónica terminal por la que debía someterse a diálisis tres veces por semana, con dificultades por la debilidad de sus venas e infecciones en el catéter empleado, por lo que requería de diálisis peritoneal, procedimiento que podría realizarse en su domicilio –en el que convivía con su mamá y con una hermanita de ocho años con discapacidad motriz–, de ponerse éste en condiciones, para lo que los médicos tratantes habían establecido que se requería que fuera alojada en una habitación individual, con revestimiento cerámico en paredes y piso y adecuada ventilación.

La jueza a cargo del caso hizo lugar a la acción, ello a fin de restablecer de manera inmediata los derechos económicos, sociales y sanitarios de la adolescente y, en consecuencia, dispuso que el municipio local o la provincia, cumplieran con las siguientes obligaciones: a) garantizar a la niña y a su familia (madre y hermana menor) la inmediata entrega en titularidad de una vivienda digna que cuente con requisitos de habitabilidad idóneas para la adolescente, según indicación médica, ello por vía de planes habitacionales vigentes o de afectación presupuestaria concreta y b) proporcionar al grupo familiar, hasta tanto se efectivizara la entrega de la vivienda indicada, un subsidio mensual para afrontar el pago de un alquiler y de los gastos de acondicionamiento de la vivienda locada, según indicación médica.

3. Conclusiones:

El derecho privado no es ya una categoría conceptual adecuada para analizar la complejidad jurídica de la sociedad argentina actual.

El espacio de intersección de las matrices conceptuales que nutren la valoración jurídica de lo público y lo privado se ha ampliado por los cambios habidos durante la segunda parte del siglo XX, por el incremento exponencial del desarrollo tecnológico y por el despliegue de los derechos de los consumidores, lo que determina que hoy debamos volver a hablar de derecho civil, en sentido amplio, con criterio comprensivo de todo lo que habitualmente se consideraba incluido en el derecho privado.

Dentro de ese contexto de publicización de los vínculos jurídicos entre particulares, se requiere una readecuación del sistema de justicia, que conlleve capacitación constante de los jueces y oralización de los procesos, para poder dar así mejor respuesta a los requerimientos de la población y lograr mayores

estándares de transparencia y participación democrática en el ejercicio de la función judicial.

Desde tal perspectiva, cabe considerar que el desarrollo de procesos estructurados por medio de audiencias públicas ha de ser parte de un ejercicio más amplio, estratégico, de democratización profunda, al posibilitar que la población adquiriera un mejor conocimiento del derecho y del funcionamiento del sistema de justicia en su faz dinámica; que se desarrolle en forma natural un control directo de la actividad de los jueces y de los demás servidores del sistema de justicia y que se crezca en calidad de debate, propiciando la participación directa de los interesados y con ello, un mayor compromiso y el cumplimiento de la exigencia convencional de audiencia (art. 8 de la CADH), sustantiva, real, concreta y no fingida.

Al cabo, de lo que se trata es de permitir al derecho civil cumplir con su función específica dentro de la superestructura jurídica, que es la de posibilitar a las personas alcanzar, razonablemente y de acuerdo a sus circunstancias, la mejor calidad de vida posible.

Bibliografía:

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, España: Trotta.
- Alexy, R. (1997). Teoría de los Derechos Fundamentales (1984). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arribas, V. y De Pina, S. (2008). El 'ciudadano consumidor': el nacimiento de una nueva categoría. En A. Rosato V. Arribas, Antropología del consumo, de consumidores, usuarios y beneficiarios (p. 180). Buenos Aires, Argentina: Antropofagia.
- Bauman, Z. (2002). Modernidad Líquida. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de México.
- Cárcova, C. M. (1996). Derecho, Política y Magistratura. Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Ferrajoli, L. (2010). Derechos y garantías, La ley del más débil. Madrid, España: Trotta.
- Garapón, A. (1997). Juez y Democracia. Madrid, España: Flor del Viento.
- García de Enterría, E. (1993). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (1981). Madrid, España: Civitas.
- Gargarella, R. (2008). El contenido igualitario del constitucionalismo. En R. GARGARELLA (Ed.), Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Habermas, J. (1991). The Structural Transformation of the Public Sphere. Cambridge, USA: MIT Press.
- Lorenzetti, R. (2003). Consumidores. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Pisarello, G. (2007). Globalización, constitucionalismo y derechos. En M. CARBONELL (Ed.), Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid, España: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural, En M. ALEGRE y R. GARGARELLA (Ed.), El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, coordinadores. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Saba, R. (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Taruffo, M. (2010). Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid, España: Marcial Pons.
- Tedeschi, S. (2001). El Waterloo del Código Civil Napoleónico. En C. COURTIS, C. (Ed.), Desde otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.