

Doctrina

¿Crisis del derecho?



Mariano Gagliardo

Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Nuestra exposición (*) lleva un título de justificada preocupación. Forzoso es reconocer que el orden jurídico y, en particular el Derecho Civil, tiene un privilegio de sustantividad que se traduce en su permanencia. Corolario de ello es que lo eleva sobre las proyecciones circunstanciales de las etapas políticas que deben realizarse en función del Derecho.

No obstante lo cual, recibe el embate de múltiples acontecimientos mundanos.

En esencia, lo que puede presentarse como inédito en él son, en principio, solo técnicas para perfeccionar lo que ya es su contenido.

Sin embargo, los clásicos moldes jurídicos y el “deber ser” señalado son superados por recientes episodios.

Estamos inmersos y atravesando tiempos difíciles —alguien diría todas las épocas son arduas—, donde las transformaciones técnico-científicas así como las vicisitudes en la dinámica económica son un dato tan generalizado que puede afirmarse que se irradian a todos los países del planeta.

La vida toda se encuentra en constante evolución. Las estructuras sociales requieren de una continua modificación en sus mecanismos de supervivencia.

Las concepciones jurídicas y las construcciones dogmáticas receptan el impacto de noticias y realidades.

La humanidad, por su parte, ha sido golpeada por un virus que generó una horrible pandemia que a todos nos conmueve y tras sus huellas ha generado un contagioso temor, así como las reacciones dispares de los países del mundo. A todos nos comprende la incertidumbre, llena de interrogantes y de angustia.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 8 de julio de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Horizontes del pensa-

Los comportamientos de los ciudadanos de las diversas naciones en algunos casos suscitan ejemplaridad y, en otros, nos llenan de sorpresas, o bien por los impropios proceder o ante las reacciones dispares.

La dimensión y mirada de la realidad en que el hombre se mueve y vive es el descubrir que la “crisis” es la situación fundamental en que ese hombre se encuentra y el proyectar esta situación suya no solo a la época en que vive, sino a todas sus particulares creaciones o elucubraciones en el pensamiento o en el de las formas de convivencia.

Consecuencias estas de significativo valor, pues al descubrir que estamos en “crisis” y en que por estarlo lo está también todo aquello que hacemos y en lo que estamos inmersos, hemos logrado superar el inmovilismo de las existencias no auténticas y enfrentar la vida con sus destinos diversos.

Nos recuerda Legaz y Lacambra (1) a Séneca y Unamuno, toda vez que al descubrir nuestra “crisis” y realidad, rememorando a estos pensadores, sugiere que hagamos milicia de la vida. Y ello es también comprender que este *militare*, que es la lucha en el interior del hombre no es en sí misma un fin: porque no es la crisis sino la unidad el más hondo destino del hombre. Y así, el pensamiento que se ocupa con la “crisis” no puede conformarse con tal deleite o disgusto en este elemento trágico de la existencia, sino que ha de ahondar en esta para descubrir las razones ontológicas de la “crisis” como sus soluciones.

De tal manera llegamos al distingo entre lo correcto y lo verdadero: lo correcto abarca las explicaciones que están a la vista, mientras la determinación de lo verdadero es la esencia; y al descubrir esta o vislumbrarla, allí está o acontece lo verdadero.

Hay una “crisis” de la existencia, y esto significa que se ha prescindido de la vinculación ontológica entre los elementos que la configuran, la vida y los conceptos que

miento jurídico”, Bosch, Barcelona, 1946, p. 148.

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, Bosch, Barcelona, 1461, 2ª ed., p. 456.

(3) DEL VECCHIO, Giorgio, “Crisis del Derecho y crisis del Estado”, Madrid, 1935, trad. Mariano Gastaño, p. 42 y ss.

le dan forma; pues la existencia es vida en forma al abandonar los conceptos que vivía.

Hay una “crisis” de la humanidad, porque son ya inútiles los conceptos que le han dado forma en los últimos tiempos; y pues, ante este hecho, que la humanidad siente como irremediable, “no sabe que pensar” y razona incluso que puede transitar la vida sin conceptos: y llega así a despreciar la inteligencia, con lo que no hace más que profundizar su “crisis”, pues la inteligencia es precisamente una de las raíces ontológicas de la vida.

Hay una crisis de la inteligencia y de la conciencia contemporánea, imponiéndose superar los cambios y procurar estos dos bienes que necesitan los hombres: claridad en los espíritus y la paz de las conciencias.

En otra perspectiva, el hombre y la cultura parecen dominados por debates confusos, en donde se controvierten las nociones más comunes y de mayor tradición. Abundan disensos innecesarios sobre equívocos o cuestiones verbales, los que nada contribuyen a la pacificación de los espíritus. Y son innecesarios. Se analizan y ponderan aspectos particulares de la ciencia y de la técnica, sin clarificación de los conceptos fundamentales.

El escenario de la tan mentada “crisis” es el ámbito del Derecho, forma de la vida social y un esquema de la realidad. Y, al

decir de Legaz y Lacambra (2), es un modo de patentizar dicha existencia —la cual influye sobre el Derecho y lo condiciona— mientras que, por otro lado, el orden jurídico es una fuerza configurada, según principios propios de la realidad social. Se da una íntima compenetración entre lo social y lo jurídico: *ubi societas, ibi ius*.

En un sentido general puede afirmarse —como se viene sosteniendo— que el Derecho, su ciencia y la propia vida humana, al estar inmersos en una “crisis”, esto es, atentas a un continuo esfuerzo, se ubican en una incesante labor de adaptación y transformación.

Traemos a colación un comentario del profesor de la Universidad de Roma, el ilustre Giorgio Del Vecchio (3), acotación que es simplista y llama la atención que provenga de su autoridad, lo que no parece apropiado contradecir, mas argumentos no faltan para ello. Para dicho autor, uno de los factores primordiales de la citada “crisis” es que se atribuye a los juristas el complicar artificialmente, por vicio profesional, las cuestiones a ellos confiadas, como si solo por su culpa tales cuestiones fueran difíciles e inciertas.

La vulgar afirmación que antecede solo genera beneficios inciertos y confusiones ciertas. Y no es que los juristas compliquen artificialmente las relaciones humanas, sino que estas son por su naturaleza infinitamen-

Columna de opinión

La triangulación en el derecho de familia y la alienación parental



Mauricio Luis Mizrahi

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Profesor de maestría en la (Univ. de Palermo). En 2016 recibió el Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por la publicación de su obra “Responsabilidad parental”.

Véase el texto completo en p. 3

Nota a fallo

Procesos colectivos en defensa del consumidor

Admisión de la excepción de cosa juzgada por existir igual-

dad de justiciables representados. Sentencia que no valoró las diferencias entre ambas causas y omite dar tratamiento a los requisitos de admisibilidad de la acción. Arbitrariedad. CS, 24/06/2021. - ADECUA c. Nuevo Banco de Santa Fe SA s/ ordinario.

[La Corte y la cosa juzgada en las acciones colectivas](#)
Gabriel Martínez Medrano

5

te varias y complejas. El jurista debe abarcarlas, tomando sus elementos esenciales, no siempre los más evidentes, reducirlos a una regla y, si no existe, elaborarla.

Frente a esto, el jurista debe sobrevolar la ambigüedad u oscuridad de los textos legales, motivo de erróneas interpretaciones y por ello de inadecuadas soluciones.

Superando lo dicho, sobresale la crisis del mundo contemporáneo, ante lo cual se ubica la llamada "Crisis del Derecho" que, acaso, no es más que la proyección en el ámbito jurídico de aquella crisis general, con ciertos matices en nuestro medio, que no cabe desatender.

Tal como sostuviera Adolfo Ravá (4): "todo estudio de la crisis del Derecho es inevitablemente infecundo, si se vincula la crisis de este fenómeno particular, tan sensible a todos los movimientos de carácter social, al complejo de aquel trastorno de nuestra civilización y de nuestra vida colectiva, en medio del cual vivimos".

Una síntesis del tema central resulta que se trata de exteriorizaciones de un número destacado de causas, comprobándose que, más que el Derecho, es la sociedad la que está en crisis y, con mayor rigor, la crisis jurídica no puede desatender los difíciles problemas de su sintomatología, su etiología y sus soluciones, de la crisis actual en toda su complejidad.

"Crisis" a la que puede atribuirse un inadecuado —lento y a veces impropio— funcionamiento del Derecho, mientras que no faltan autores —por caso, locales (5)— que consideran que no existe crisis, sino evolución del Derecho.

Citamos las opiniones de destacados juristas uruguayos en importantes trabajos (6).

El primer autor considera "¿Hay crisis del Derecho"? "La respuesta en este caso revela solo tendencias espirituales que se manifiestan en todo juicio sobre situaciones sociales. Las dos actitudes de viejos y jóvenes, o de hombres que se apoyan en lo existente o que ponen su esperanza en un cambio de lo actual; presentes en el pensar, en arte, en moral, en política, en Derecho. Una de las formas de plantearse el problema de la crisis en el Derecho obedece a modos que se relacionan con tales actitudes. La generación que organizó sus ideas alrededor de principios estimados incommovibles siente la inseguridad de su posición con la transformación que se produce sin esos principios o con principios nuevos que son la negación de aquellos. Se tiene en tal caso la impresión de que el mundo actual entra en crisis, que lo caótico sustituye a lo reglado, que se produce el derrumbamiento de las instituciones, de los fundamentos del orden antiguo. Es, desde luego, actitud mental de viejos en el doble sentido: de quienes han nacido en otro período y se conforman con otra mentalidad.

Y también de quienes han estado siempre fuera de su tiempo y de su medio, estructurando su pensamiento con formas mentales que no pueden ajustarlas al momento contemporáneo.

Couture entiende que no existe una crisis del Derecho y este se encuentra en fase de nacimiento y formación, no en fase de decadencia. Dice, que "hay motivo para pensar

que el Derecho se encuentra en su aurora, acaso en los comienzos de su trayectoria, justamente en el punto inicial en que la experiencia de los siglos nos ha permitido abolir la esclavitud, luchar contra sus formas residuales y colocar al hombre en su dignidad de tal, como efectiva razón de ser del Derecho".

En una mirada retrospectiva, no es posible, aun con afán investigativo, precisar el origen histórico de la "Crisis del Derecho" con prescindencia de la investigación análoga dedicada a la crisis general, de la que la "Crisis del Derecho" es la manifestación más precisa y evidente.

La doctrina autoral —Ripert, entre otros— considera al siglo XIX como el siglo del Derecho, fue un gran siglo jurídico, el más grande que Francia y Europa han conocido. Se afirmó la soberanía de la ley para gobernar a los hombres y, en todos los países, fueron promulgados los códigos con las pautas legales a seguir en la convivencia.

El Derecho se impuso por la razón y por provenir de la naturaleza del hombre; e hizo surgir la esperanza de que el respeto de las leyes aseguraría por doquier el orden y la paz.

A pesar de ello, en dicha centuria operan las grandes transformaciones económicas que suscitarían delicadas cuestiones sociales.

En ese tiempo se quiebra la unidad de la cultura, produciéndose discusiones apasionadas sobre el sustento del poder, acerca de la organización social, fundamento del Derecho y demás instituciones jurídicas.

Luego, el siglo XX trae acontecimientos de máxima gravedad, especialmente la que se dio en llamar la Gran Guerra y su secuela no menor de la Segunda Guerra con estragos y muertes millonarias. Así se produjo el dominio y preponderancia de lo económico sobre lo político y lo jurídico; en segundo lugar, una exaltación de la fuerza y la virulenta inclinación a los métodos de violencia, superadores, por cierto del orden jurídico.

Mientras tanto en el mundo existencial los episodios de la vida continuaban sucediéndose, al generarse marchas y contramarchas con buenos y otros resultados en la evolución de las naciones.

Las dogmatizaciones acerca de la "Crisis del Derecho" continuaron abundando en la literatura jurídica. Para algunos la crisis del Derecho es crisis de libertad, tanto en la esfera pública como en la esfera privada; en este último aspecto se alude a los embates para con la autonomía de la voluntad.

Para otros, la "Crisis del Derecho", considerada en su punto central, es una crisis de certeza o seguridad jurídica. Este último valor y valioso concepto jurídico nos vincula con el *principio de confianza legítima* muy bien explicitado por nuestro académico Cassagne (7), quien en su señera obra citada nos dice que aquella pauta, en un marco de oposición entre la legalidad y el principio de buena fe, terminó resultando una exigencia y no su fundamento que, en rigor, se encuentra en el *principio de la seguridad jurídica*.

la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, enero-junio, 1955, p. 419 y s.s. y COUTURE E., "Ciencia y Conciencia del Derecho", y prólogo al libro de Rodríguez-Arias Bustamante, Concepto y fuentes del Derecho civil español, Bosch, Barcelona, 1956, p. VIII y ss.

Existen, asimismo, autores que enlazan la "Crisis del Derecho" juntamente con la libertad y la seguridad. Se habla de la "Crisis del Derecho" en palabras de Sebastián Soler (8) "sobre todo, pues se ha venido formando la convicción social de que aquel no garante efectivamente nuestra libertad y no nos procura la seguridad deseada para vivir tranquilos. La seguridad, que es, en definitiva, una forma de paz interior, lleva al hombre al sacrificio y hasta la abdicación de su libertad. No nos sorprendamos —dice— de verlo —al hombre— alarmado cuando verifica que ha sacrificado su libertad inútilmente". El célebre jurista Francesco Carnelutti (9) bueno es saber que, entre tantos cometidos en su vida, fue uno de los fundadores de la Unión de Juristas Católicos italianos y, con absoluto pesimismo, nos habla de la muerte del derecho con motivo de su crisis que es el resultado acumulado de las disfunciones, de la certeza y la justicia.

Fue, seguramente, tan elocuente el juicio de Carnelutti, que Soler en el Prólogo de su obra citada dice que Carnelutti "profetizó su muerte" (10).

Para el ilustre Carnelutti, la contradicción entre los dos valores referenciados ha sido siempre el drama del Derecho, ínsito en su naturaleza. Se pensaba y perseguía una síntesis entre los valores aludidos, cuando menos un compromiso. Parecería que una pequeña ventaja en orden a la justicia se paga en moneda de certeza o viceversa.

Más ahora se ve que al riesgo de certeza no corresponde una garantía de justicia; o al riesgo de justicia no se compadece con una garantía de certeza. Son todos estos puntos de vista tan brillantes como equívocos.

La libertad —lo mismo que la igualdad— y la certeza son ingredientes jurídicos demasiado relativos para que puedan ser estimados como criterios definitivos de valoración y como síntomas inexorables de una crisis del Derecho. La seguridad jurídica, además, admite diversas significaciones.

La certeza puede tomarse en un concepto elevado, como objetividad, como pauta que responde, y en torno al cual se organiza todo el mundo del Derecho, o como certidumbre y seguridad concreta del individuo en las situaciones singulares.

Y la crisis de la certeza es más que "Crisis del Derecho", crisis de la legalidad, teniendo en cuenta que el sacrificio de la seguridad jurídica y de la legalidad puede conllevar un merecido reconocimiento a la justicia.

En suma: la relación entre los diversos fines o valores jurídicos es una cabal demostración del eterno drama del Derecho, mas no implica necesariamente una crisis grave o enfermedad incurable del Derecho. Habría que demostrar, por el contrario, que en la jerarquía y enfrentamiento de finalidades y valores está en vías de sucumbir el fin primario, el supremo valor social y jurídico, que es el de la justicia.

Los últimos setenta años de nuestro país demuestran un acentuado inventario que traduce un marcado menosprecio por la Ley o, en letras de molde, por el Derecho, por ausencia de lo que debiera ser una marcada civilidad. Se activan tendencias ocultas de pasados turbulentos y errados. Se acentúa el populismo, estatismo y el Es-

tado ha reducido prácticamente a la nada al sector privado. Se burla a la ley por capricho o conveniencia. Y, en especial, en el último año, por señalar algunos ejemplos, la garantía de la propiedad privada ha sido atormentada; agregamos el atropello a la propiedad pública, permitido por las autoridades, donde las reservas de peces se prestan a la actividad clandestina, lo que permite usurpaciones, violándose el derecho de propiedad del Estado y poniendo en riesgo la sustentabilidad de un valioso recurso alimenticio como es la explotación pesquera: una nueva ley de locaciones; un burdo y arbitrario proyecto de Ley de Defensa de la Competencia; la prepotencia en el renombrado caso *Etchevehere*; el frustrado avallamiento a la cerealera Vicentin; la usurpación en tierras de Guernica donde se consumó la liberación del predio, a cambio de cantidades dinerarias que desembolsa el Estado con fondos del erario que son de todos los argentinos contribuyentes; usurpación de viviendas en la costa Atlántica, reciente toma de tierras en Reconquista, Santa Fe; idéntico estropicio en la zona de Mascardi cometida por organizaciones terroristas disfrazadas de aborígenes. La cuestión adquiere enormes connotaciones dada la situación que atraviesan los propietarios que han sufrido desalojos violentos, daños en sus propiedades e incluido agresiones físicas y amenazas por parte de delincuentes encapuchados que pretenden acceder a la propiedad de las tierras de manera ilícita autoadjudicándose el derecho a una propiedad comunitaria sin antecedentes, sin posesión previa y actual. Insólita e ilegalmente, algunas autoridades avalan estas acciones, que configuran un delito de usurpación, cuando deberían ordenar un desalojo inmediato. Se privilegian simples ideologismos por sobre el derecho vigente. Un botón de muestra, refrán popular, se encuentra en una reciente resolución de la Administración de Parques Nacionales que retiró la querrela y desistió de impulsar la elevación de Juicio en la causa que investiga la usurpación de tierras en Villa Mascardi. Tan errada e inconstitucional resolución incorpora una recomendación de la Procuración del Tesoro de la Nación, "que según doctrina de larga data la decisión de iniciar o no iniciar, así como de proseguir o no proseguir acciones judiciales... supone una evaluación de oportunidad y prudencia política, que constituye una función ajena a este organismo, toda vez que las funciones de promover o contestar acciones están a cargo de las respectivas autoridades superiores del organismo pertinente" (*sic*). Resolución e invocación que prescinden de antigua doctrina de la Corte Suprema —caso municipalidad c/ Elortondo, año 1888—, según la cual de ningún modo se autoriza a "disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla a otra"; y el caso dictado por dicho Tribunal en la causa: comunidad indígena del Pueblo Wichí, del año 2002, según la cual la "ilegalidad y arbitrariedad manifiesta autorizan la intervención del Poder Judicial para declarar la nulidad de los actos contrarios al derecho". Un nuevo avance estatal es el proyecto de ley que acentuaría la intervención en el ya intervenido mercado de biocombustible que es el biodiesel, subproducto del aceite de soja, y el etanol, obtenido del maíz o de la caña de azúcar. El primero se mezcla con gasoil y el segundo con las naftas, en ambos casos con efectos benéficos en el plano ambiental y una valoración política positiva por lograrse la utilización de productos locales renovables que sustituyen importación de energía. Es que la intensificación de las regulaciones es una etapa previa a las

(4) RAVÁ, Adolfo, "La crisis del diritto", Università degli Studi di Padova 1953, p. 49 y s.s.

(5) SATANOWSKY, M., "Tratado de Derecho Comercial", Tea, Buenos Aires, 1957, I. p. 98 y ss.

(6) GROMPONE, "¿Crisis del Derecho?", *Revista de*

(7) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Grandes Principios del Derecho Público", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 53.

(8) SOLER, Sebastián, "Fe en el Derecho y otros ensayos", Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 18.

(9) CARNELUTTI, Francesco, "La crisi del diritto", Università degli Studi di Padova, 1953, en *La morte del diritto*, varios autores, p. 177.

(10) *Ibidem*, p. 13.

denostadas estatizaciones. Desde las alturas se pretendió desconocer la propiedad apelando a pautas que carecen de rigor, desatendiendo que la verdadera función social de la propiedad consiste ante todo en darles a las personas un ámbito de libertad y responsabilidad para su propio proyecto de vida, crear los incentivos para la actividad productiva, garantizar el orden en el cuidado y la administración de los bienes, fomentar la paz social aportando claridad sobre los derechos de cada uno, todo lo cual redundará en beneficio de la sociedad en su conjunto. No es ajeno a lo antes expuesto los dichos del presidente de la Nación en el sentido que justificaría la utilización de tierras improductivas de un particular para construir viviendas. Agregó el funcionario que un “Estado presente” debía ser el instrumento para disponer de esas tierras, ello a raíz de una ordenanza dictada en el municipio de Avellaneda que establece que un inmueble puede ser expropiado por ausencia de construcción, aun cuando haya pagado impuestos fuertemente crecientes, precisamente por su improductividad. Las palabras presidenciales, como era de esperar, provocaron entusiasmo en grupos propensos a ocupar tierras ajenas.

Nos sentimos desazonados en un clima de inestabilidad donde —sin incurrir en pesimismo— el horizonte es turbulento.

Otros y destacados argumentos pueden ubicarse en el esclarecido libro de Legaz y Lacambra, sobre “Horizontes del pensamiento jurídico” o bien en la brillante disertación del 23/VI/72 en esta Academia, formulada por el académico Manuel Río, titulada “El derecho de propiedad privada componente necesario de la civilización humanista”.

A lo dicho, cabe sumar acontecimientos que opacan a la sana y ordenada convivencia que van desde la suelta de presos peligrosos por las más diversas causas, incluidos delitos contra la integridad física y sexual y

de las personas, que salieran a estremecer a la ciudadanía, causando estragos; pseudo impunidad a hechos de corrupción sin medir las consecuencias y reparar notas de la historia de Roma, que cedió a su majestuosidad, precisamente ante el “esplendor” de la corrupción; un alarmante contexto de desarmonía normativa y cuando no, disposiciones legales confusas, contradictorias, con ausencia de claridad y coherencia debida; eliminación fáctica de la separación de poderes, subdesarrollo, informalidad, incertidumbre y permanente vulnerabilidad fiscal y monetaria. Horrendas cargas tributarias con insostenible sesgo confiscatorio a la endeble economía. La terrible pandemia que pudo haberse controlado por medios menos extremos; y mientras el sistema de salud respondiera, la restricción de derechos fundamentales resultó desproporcionada. La cuarentena conculcó el ejercicio de las libertades de movimiento, circulación y entrada al propio país. Indirectamente, afectó también la libertad religiosa, la privacidad y el goce de derechos socioeconómicos esenciales, como la salud, la educación y el trabajo. Nefastos personalismos provinciales, donde dirigentes soslayan la ley y desconocen la distinción entre fondos públicos y privados, asumiendo una noción patrimonialista del poder. Peligrosa alteración de las leyes de la economía y del mercado, con un gasto público nunca visto, incrementándose, financiado por una emisión sin límites. Y para cerrar, sin que ello agote el escenario, una oscura reforma judicial y permanentes embates al Poder Judicial y a sus integrantes, con propósitos encubiertos pero evidentes a cualquier mediano observador. Un decisorio de la Corte Suprema en el renombrado caso *Bruglia y Bertuzzi*, en el que penetró la infaltable política y dejó a la Justicia envuelta en interrogantes.

Cito recientes casos que nos llenan de asombro. Uno es un aire cálido en el frío invierno: un juez federal de la ciudad de Mar del Plata admitió una medida cautelar planteada por un contribuyente alcanzan-

do a suspender el reclamo tributario del llamado “impuesto a la riqueza”. Coraje, sabiduría de un juez y vigencia del orden constitucional.

El otro precedente es “revival”: me refiero a la estatización de la metalúrgica Impsa, práctica estatal que entendíamos olvidada o mejor dicho superada.

En tal desagradable cauce está la estatización de la hidrovía Paraná-Paraguay, vía navegable de 3.500 kms por la que pasa el 80% del comercio exterior argentino, hoy de titularidad de una empresa belga y un socio local (Emepa), estando en preparación la creación de un ente estatal de control de todas las vías navegables del país.

Se desconoce que la democracia es una estructura inmaterial de valores y normas asumidas, que está acechada por un populismo extravagante e insuficiente, donde el disvalor preside los actos trascendentes del país.

Es que la transformación operada en el esquema jurídico, a pesar de sus inconvenientes —que pueden hacer peligrar los principios generales y la unidad del Derecho— tiene sus finalidades y puede obedecer a requerimientos impuestos por los cambios sociales.

Todo parece indicar que el Derecho no está en crisis: es la ley o la técnica o la ciencia del Derecho o, bien, el Derecho positivo los que tienen un cauce anormal. Para que se produjera tal crisis, tendría que producirse un enfrentamiento entre Derecho y Justicia.

Ello, no obsta a pensar que existan en el mundo actual preocupación por el ideal de justicia y su realización.

No cabe hablar de trance de desaparición del Derecho, que significa una necesidad lógica en cualquier sociedad medianamente organizada.

Se agrega a lo dicho un nuevo motivo de preocupación, trascendido por un destacado medio de prensa: “El estado de Derecho, en jaque”: se dice una necrofilia ideológica que contamina cualquier plan y sacrifica a la eficacia en un extraño altar de promesas varias.

Lo que sucede es que la mentada “Crisis del Derecho”, aquí y en todas partes, no significa que el Derecho esté en trance de ruina, desmoronamiento o desaparición, ni que la crisis afecte al Derecho como principio. Se trata simplemente de la ciencia o de la técnica, de las reglas y de las instituciones en que el Derecho viene encarnando y, por otra parte, dicha crisis no es más que un reflejo de la crisis general que afecta a la sociedad contemporánea.

Por estos lares, cuando nos encaminemos a superar el cinismo burlador de la ley, seamos fieles al legado de nuestra Constitución y den cuenta de la educación los educadores del pueblo, estaremos muy próximos al buen cauce de futuro.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2504/2021

Más información

[Gagliardo, Mariano](#), “Transformaciones sociales y crisis del derecho?”, LA LEY, 2021-A, 172, TR LALEY AR/DOC/1992/2020

[Barreiro, Marcelo C.](#), “La pandemia y el intento de regular la crisis. Una utopía necesaria”, LA LEY 09/06/2020, 17, TR LALEY AR/DOC/1701/2020

Libro recomendado

[Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado](#)

Autor: Manili, Pablo Luis

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Columna de opinión continuación

La triangulación en el derecho de familia y la alienación parental

Mauricio Luis Mizrahi

I. Diferentes clases de triangulación

En el ámbito del derecho de familia corresponde hacer referencia a la triangulación desde cuatro aspectos muy diferentes, tres positivos y uno negativo; lo cual es bueno aclarar, para evitar confusiones y malos entendidos.

Una primera acepción es la triangulación de la relación jurídica procesal, que es muy saludable. Al respecto, puede observarse que en estos casos la bilateralidad típica del proceso (actor y demandado) se transforma en los asuntos de familia en una suerte de triangulación, en atención a la aparición del niño en escena con intereses propios; con la peculiaridad de que no pueden estimarse como meramente privados, sino que son de orden público (art. 2º, ley 26.061). Ello repre-

senta un gran avance en los derechos de los niños, que pasan a ser considerados como verdaderos sujetos de derecho con el pleno reconocimiento de su autonomía progresiva (art. 639, inc. b, del Código Civ. y Com.) (1).

El segundo sentido de la triangulación, igualmente deseable, lo observamos en materia de adopción y en su conexión con los padres biológicos. Es el llamado *triángulo adoptivo-afectivo*; esto es, cuando se configura una situación *triangular*, donde se verificará la confluencia de dos familias (la adoptante y la biológica) y el mismo adoptado, quedando este integrado en una y otra. Claro está, es una solución para casos particulares en que los padres biológicos tienen cierta presencia en la vida de sus hijos, pero carecen de los recursos psicológicos mínimos para poder desempeñar la función parental;

y aquí aparece la triangulación donde el niño contará con una familia adoptante que, no obstante, no excluye a la biológica (2).

El tercer aspecto de la triangulación, como dijimos también, de signo positivo, es uno de los elementos a considerar por el juez, cuando tiene que tomar decisiones en materia de cuidado personal de los hijos: concretamente, la formación o no de nuevas parejas por los progenitores. En efecto, estudios psicoanalíticos en niños concluyeron que la presencia de otra figura adulta —al lado del padre o madre separada— no solo no afecta al hijo, sino que lo beneficia y lo ayuda a lograr un adecuado desarrollo emocional y mayor seguridad. En otras palabras, es preferible para la formación del niño una *situación triangular*, ya que el hijo necesita de la presencia de otro adulto que le impida mantener con su progenitor una intimidad total, que muchas veces resulta contraproducente para el niño (3).

II. La alienación parental como triangulación maligna

La cuarta noción de la triangulación, como ya lo anticipamos, negativa, se refiere

a la severa disfunción en la familia cuando acontece el proceso de exclusión injustificada de un progenitor en la vida del hijo por la acción del otro, problemática que se identifica como de *alienación parental*. Lo negativo aquí de la triangulación es que acontece una alianza entre un padre y el hijo común para devaluar, desautorizar y excluir al otro progenitor.

Por supuesto que tales afecciones familiares se presentan en la realidad con toda su crudeza, tal como lo hemos experimentado personalmente en el ejercicio de la magistratura (4). Sin embargo, sobre este tema se ha visualizado alguna corriente que niega que estos procesos de interferencias parentales tengan lugar en la vida familiar. Lamentablemente, se trata de cuestionamientos que están desprovistos de mesura, ignoran por completo lo que es la realidad, desconocen datos inocultables, tienen un carácter puramente dogmático y exhiben una virulencia llamativa; a tal punto que parecen más propios de los panfletos políticos y de los discursos de tribuna (5). Desde luego, no hemos de seguir la misma línea. Entendemos que nuestra

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, § 26, p. 89 y s.s.

(2) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, “Niños afectados: la preferencia por la familia de sangre y el deficiente sistema judicial”, DFyP 2019 (abril), 3.

(3) Ver DOLTO, Françoise, “Cuando los padres se separan”, Paidós, Buenos Aires, 1989, p. 44 a 126; DOLTO, Françoise, “Los niños y su derecho a la verdad”, Paidós, Buenos Aires, 1986, p. 132 y 137; WALLERSTEIN, Judith S. - BLAKESLEE, Sandra, “Padres e hijos después del divorcio”, Vergara, Buenos Aires, 1990, p. 135, 152 y 154;

CÁRDENAS, Eduardo J., “La familia y el sistema judicial”, Emecé, Buenos Aires, 1988, p. 158 y 206; COHAN de URRIBARRI, Alicia - URRIBARRI, Rodolfo, “Consideraciones sobre el divorcio y la nueva familia del divorciado”, *Terapia Familiar*, N° 15, p. 213.

(4) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, “La comprobación ju-

dicial de la alienación parental como patología social”, en *Juntas somos más*, revista de la Asociación de mujeres jueces de la Argentina, agosto de 2016, p. 18.

(5) En el sentido indicado en el texto, véase la reprochable comunicación cursada por la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes al JFA-

labor en lo posible tiene que estar despojada de lo ideológico y no estar teñida de una subjetividad que desdibuja los aportes que realizamos. Creemos que solo de esa manera contribuimos al progreso de las disciplinas que nos incumben.

III. La denominación alienación parental

La sensibilidad es tan honda en este punto que hasta hay temor de denominar a la comentada disfunción familiar con su verdadera denominación. Ello complica aún más la situación pues todo proceso —negativo o positivo— necesariamente debe tener un nombre. Que lo posea no es un asunto menor, ya que atribuir una denominación a estas falencias que se observan en algunas familias —con indudables efectos malignos— es el primer paso que debemos dar para su debida contención. Es que dar un nombre contribuye a reconocer que la experiencia llevada a cabo en los numerosos trabajos de campo es *real*; vale decir, que *existe en el mundo como una entidad específica* (6). En este sentido, entendemos que constituye un error lo que a menudo puede observarse en los fallos judiciales y en los dictámenes de los expertos cuando, al hacer referencia a una familia, describen con claridad la presencia del fenómeno, pero no se atreven a denominarlo como lo que es (7); y lo mismo a veces se comprueba en los diversos trabajos publicados (8).

Acudir al subterfugio que mencionamos —reconocer la alienación parental, pero sin nombrarla— tampoco es de utilidad para los jueces, peritos y autores que acuden a esta estrategia e incluso es negativo para ellos y contribuye, sin quererlo, a la desacreditación de la envergadura que tiene el problema familiar que comentamos. Se comprobará que estos expertos y analistas son blanco de críticas no menos feroces por los que niegan ese proceso maligno, pues se los acusa de que describen la alienación parental en forma *camuflada*, que la pretenden *“resucitar”* en forma encubierta; en suma, que la aplican y no la nombran para evitar quejas sobre su admisibilidad, lo que viene a arrojar un manto de duda sobre la honestidad intelectual del dictamen o trabajo doctrinario (9). Es por ello que estas falencias que acontecen en la dinámica familiar deben ser *nombradas*; más allá de que se cuestione la denominación que se ha impuesto y se proponga otra.

Así las cosas, al primero que se reconoce haber acuñado estos términos es Richard Gardner, quien empleó las palabras *Síndrome de Alienación Parental*, traducción del inglés de *Parental Alienation Syndrome* (10). Ahora bien, ¿es correcto utilizar la palabra “síndrome”? Aunque reconocemos que la cuestión ha sido materia de discusión entre los autores, para nosotros la respuesta tiene que ser *negativa*, porque esa expresión más bien hace referencia a otras situaciones y, en consecuencia, podría

no ser del todo adecuado el empleo de tal término; con lo cual se favorece a quienes postulan que esta construcción es inconsistente e inválida.

Efectivamente, cualesquiera hayan sido las razones por las cuales Gardner haya acudido a la expresión “síndrome”, creemos que no la podemos emplear para caracterizar a la temática que analizamos. Es que, más allá del mérito de este autor de detectar correctamente el problema, aquella palabra nos remite a entornos de atención médica y psiquiátrica, en el sentido de enfermedad de un sujeto; es decir, afecciones que atañen a dolencias de una persona individual. Seguramente, pudo haber influido en su utilización la circunstancia de que Gardner era un psiquiatra que operaba en términos de psicología individual.

Empero, sucede que la alienación parental apunta a *cuestiones distintas*, pues se refiere a los vínculos de la madre o del padre con sus hijos. Por lo tanto, constituye una *disfunción familiar relacional y vincular*, que involucra a más de una persona; y por eso decimos que se asocia fundamentalmente a una *relación* que se halla perturbada por un contexto de crisis de la organización familiar (11). Es que en este ámbito juega más la psicología *relacional* (no la individual) que toma al sistema familiar como una *unidad*. Para decirlo de un modo más directo, estimamos que no incumbe propiamente a un médico o psiquiatra, que ejerce la profesión como tal en términos tradicionales, el estudio y análisis de esta disfunción. De manera diferente, somos de la opinión que su diagnóstico y tratamiento es el campo propio de los *expertos en los sistemas que operan dentro de las familias*; quiere decir, los que en el lenguaje corriente se denominan *terapeutas de familia*.

En consecuencia, dejando afuera al término “síndrome”, manifestamos nuestra adhesión a la denominación *Alienación Parental* que—sin hesitación— nos parece que es muy descriptiva del punto que abordamos; por lo que merecen ser tales expresiones las que utilizemos para identificar esta anomalía que se presenta en el funcionamiento familiar.

No desconocemos que existen otras palabras que se han pretendido imponer en sustitución, las cuales las estimamos no equivocadas, pero *si insuficientes*; dicciones como influencia parental negativa, interferencia parental, manipulación, colonización, inducción perniciosa, captación, apropiación, programación, perturbación, inculcación, secuestro, obstrucción, exclusión, extrañamiento, distanciamiento, alejamiento, obstaculización, etcétera. Tal vez la relación sea de género a especie, ya que la alienación parental —una especie— alude a un distanciamiento, alejamiento o extrañamiento con determinadas connotaciones específicas que la distinguen de otras situaciones integrantes del género.

En el referido orden de ideas nos parece claro que ninguna de aquellas expresiones tiene la *completitud* que nos exhiben los términos de alienación parental. No pensamos que sea un reparo —sino más bien una ventaja— que la palabra “alienación” tenga significados diversos; que por otra parte es habitual en nuestra lengua. Sin duda que con ese término no estamos designando ni haciendo mención a un loco, a un demente que padece una psicosis; figuras ajenas a nuestro análisis.

En cambio, con la denominación *alienación parental* hacemos alusión a *dos estados* que tienen lugar cuando esta disfunción familiar acontece. Veremos que, por un lado, el niño —usurpado por uno de sus padres— se convertirá en un *alienado*, pues sufrirá una limitación o condicionamiento de su personalidad, padecerá de un estado caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad al operarse un *proceso de transformación de su consciencia*; y todo ello por obra del progenitor manipulador y excluyente. Asimismo, por otro lado, el padre excluido es también un *alienado*, en tanto recaerá sobre él un *extrañamiento*. Es que será un *enajenado* en la medida que queda *desposeído, privado y apartado del trato que tenía con su hijo*. Finalmente, el padre obstructor será un *alienante* en los dos sentidos que se acaban de indicar; es decir, alienante respecto del niño que estará afectado en su identidad y consciencia. Pero también un alienante con relación al otro progenitor, que quedará *excluido* de vincularse con su hijo.

Existe además otra razón que justifica esa nomenclatura y es de orden estructural, y tiene que ver con el nacimiento del ser humano. Es que el bebé, a diferencia de los animales, requiere para sobrevivir —por su situación psíquica y neurológica— de la asistencia de otro ser humano (habitualmente su madre). El recién nacido es prematuro e inmaduro fisiológicamente (por ejemplo, no controla la motilidad voluntaria) y también psíquicamente, porque no se encuentra en condiciones de llevar a cabo acciones eficaces para su supervivencia (no puede alimentarse por sus propios medios). Es de remarcar que este estado de desvalimiento propio de la naturaleza humana es lo que lo vuelve dependiente del otro materno o adulto que debe asistirlo. Se llama *“desamparo”* a esa situación angustiosa del lactante, que depende totalmente de otro significativo para satisfacer sus necesidades básicas (12) (hambre y sed, por ejemplo).

En relación con lo que estamos comentando, repárese que al comienzo el bebé no solo no habla (*infans* significa “el que no habla”), sino que tampoco distingue su cuerpo del cuerpo del *otro*. Hay toda una serie de complejas operaciones que deben producirse en ese intercambio con el *otro* que hacen posible las articulaciones entre la imagen, la voz y el cuerpo; y que deben darse en ese tiempo primero para que el bebé pueda después

constituirse como un sujeto independiente (yo, no-yo). A partir de las producciones gráficas —los dibujos— los juegos y las ficciones creadas en las sesiones de psicoterapia con niños, es posible advertir —sobre todo a partir de los dibujos— que se nace *alienado al cuerpo del otro*; alienación que se extiende al lenguaje en tanto es muy común que los niños hablen de sí mismos en *tercera persona*, repitiendo lo que escuchan que se dice de él.

Innumerables ejemplos clínicos dan cuenta de este pasaje inevitable por lo que se llama el *discurso del otro*. Uno de ellos es el conocido caso clásico de la psicoanalista francesa Françoise Dolto, investigando el aparente dolor de cabeza de una niña que no tenía causa orgánica. En una entrevista en la que se le preguntó en qué lugar del cuerpo le dolía la cabeza, la niña se señaló la *rodilla*. Finalmente se supo que quien se quejaba en forma recurrente de dolores de cabeza era *su madre*; de manera que la niña *repetía como propio lo que se llama el discurso del otro*.

Esta alienación o identificación con el discurso del otro es “normal” en la infancia; precisamente por la circunstancia que hablamos. La imagen que cada uno tiene de sí mismo debe construirse y este proceso atraviesa por distintos momentos, que son los “tiempos instituyentes” (13). Se parte de un tiempo primero de *alienación*, en el que no es muy preciso el borde que separa un cuerpo del otro. De hecho existe lo que se llama el *transitivismo*; por ejemplo, en el que un niño le pega a otro y llora el que pega, porque todavía no se distingue del otro. Por otra parte, se verifican operaciones que dan cuenta de la construcción de la imagen propia y la del semejante, que ocurren a partir del corte operado con el *otro* de la primera dependencia; sea de la madre, padre o adulto que asiste. Asimismo, el rostro de este adulto es el primer espejo con el que el niño se encuentra y se identifica (14).

Pues bien, es precisamente esta alienación *primaria* del bebé la que vuelve, la que *retorna* en gran medida (desde luego, no totalmente y con diversos matices y alcances), cuando se presenta la *alienación parental* que ahora consideramos. Al menos en los cuadros más severos, nos parece claro que el hijo, cuando es *víctima* de la acción del progenitor excluyente, sufrirá un retorno *a estadios anteriores*; y lo hará como mecanismo de defensa inconsciente al estimarlos lugares más seguros (15). Entonces, tal como sucedió en su infancia, se *alienará al cuerpo de aquel padre*, repetirá como propio el discurso de este, se identificará con él. Enajenado, el niño perderá su subjetividad, se convertirá en un mero vocero o portavoz del progenitor manipulador, su voluntad quedará anulada. Su discurso, en verdad, no le pertenecerá; las expectativas, aspiraciones y objetivos perseguidos por ese padre han de ser sus propias expectativas, aspiraciones y objetivos; por lo que la distinción entre uno y otro desaparecerá.

milia N° 6, del Departamento Judicial de San Isidro (Exp. 2021-26-DNNA-s/SAP, nota N° 95/2021).

(6) Ver BAKER, Amy J. L., “Hijos del SAP”, Almuzara, Madrid, 2017, p. 233.

(7) Merece destacarse, como una de las tantas excepciones, un fallo del JFamilia N° 6, de San Isidro, que hace mención expresa a la alienación parental ante un caso ventilado en esos estrados (ver el expte. N° SI-37339-2019, “I. M. M. c/ LL. D. s/ medidas precautorias”).

(8) Como ejemplos de la descripción clara de casos de alienación parental, sin así denominarla, véase CRESCINI, Silvia, ¿Es posible el trabajo en interfase psico-socio-jurídica desde la consulta técnica de parte?, RDF 86, 15, TR LALEY AR/DOC/3361/2018.

(9) Respecto a los que denuncian el proceder de explicar el proceso de alienación parental, sin nombrarlo, puede verse a BERLINERBLAU, Virginia, “El falso síndrome de alienación parental en denuncias de ASI e incesto paterno filial: entre la mala praxis y el falso testimonio”,

revista *Juntas somos más* (de la Asociación de mujeres jueces de Argentina), agosto 2016, p. 14; PORTILLO, Claudia E., “Violencia institucional y aplicación del llamado síndrome de alienación parental”, RDF 86, 145, TR LALEY AR/DOC/3343/2018; BAREA PAYUETA, Consuelo, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, “El pretendido síndrome de alienación parental”, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, p. 115.

(10) Ver GARDNER, Richard, “The Parental Alienation Syndrome: The Differentiation Between Fabricated and Genuine Child Sex Abuse”, Cresskill, Creative Therapeutics, New Jersey, 1987.

(11) Ver, para ratificar lo que se menciona en el texto, las declaraciones del Comité Asesor Médico y Científico (MSAC) de la Organización Mundial de la Salud del 4-9-2019 y 27-2-20. Ver, también, BENSUSSAN, Paul, en primer prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, “Manual del Síndrome de Alienación Parental”, Paidós, Barcelona, 2017, p. 21; DÍAZ USANDIVARAS, “El

Síndrome de Alienación Parental (SAP): una forma sutil de violencia después de la separación o el divorcio”, RDF N° 24, p. 127, abril de 2003; “Presentación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos”, México, *Alienación Parental, Presentación*, p. 7, <http://hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberr>; SALLARD LÓPEZ, Silvia, “Mediación asociativa frente a la Alienación Parental”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, *Alienación Parental*, p. 300, <http://hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberr>; BAKER, Amy J. L., “Hijos del SAP”, p. 30, Almuzara, Madrid, 2017; PEDROSA, Delia Susan - BOUZA, José María, “Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores”, García Alonso, Buenos Aires, 2008, p. 95 y 105; BERTUZZI, Mariarita, segundo prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, “Manual del Síndrome de Alienación Parental”, Paidós, Barcelona, 2017, p. 31; AGUILAR CUENCA, José Ma-

nuel, “Definición y diagnóstico del SAP”, en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, “Manual del Síndrome de Alienación Parental”, Paidós, Barcelona, 2017, p. 158; TEJEDOR HUERTA, Asunción, “Cómo intervenir ante las interferencias parentales”, en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, *Manual del Síndrome de Alienación Parental*, Paidós, Barcelona, 2017, p. 221.

(12) Ver LEVIN, Ida, “Spitz y Lacan”, en *Autismos*, Ed. Letra Viva, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 45.

(13) Ver LOURAU, René, “El análisis institucional”, Amorrortu, Buenos Aires, 2007.

(14) Ver SALCE, Susana, “Trauma, arte y subjetividad”, en SALCE, Susana, *Los niños y el fuego*, Ed. De los cuatro vientos, Buenos Aires, 2019, p. 108.

(15) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, HERSCOVICI, Pedro, DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., “Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales. Una visión interdisciplinaria”, LA LEY, 2019-B, 1002, TR LALEY AR/DOC/872/2019.

Tenemos una última explicación que dar del por qué adherimos a la denominación *alienación parental*. Estimamos que constituye, como mínimo, un merecido homenaje que le debemos a Richard Gardner que —no obstante los errores en que pudo haber incurrido—

ha sido el primero en utilizar esos términos al describir el fenómeno de manera integral a través de su gran experiencia clínica y numerosas publicaciones que ha realizado. Quizás, no ha sido ajeno al mencionado autor —para dar con esas palabras tan acertadas— la situación

que le ocurre al niño a partir de su nacimiento.

Las descripciones precedentes, en fin, nos persuaden de que es muy correcta y adecuada, y diríamos insustituible, la denominación *alienación parental* para iden-

tificar a la disfunción familiar referida. De ahí que estamos convencidos de que sería un error pretender reemplazarla por otras expresiones.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2503/2021

Nota a fallo

Procesos colectivos en defensa del consumidor

Admisión de la excepción de cosa juzgada por existir igualdad de justiciables representados. Sentencia que no valoró las diferencias entre ambas causas y omite dar tratamiento a los requisitos

de admisibilidad de la acción. Arbitrariedad.

Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que admitió la excepción de cosa juzgada por existir igualdad de justiciables representados, pues el tribunal *a quo* no valoró las particulares características de la acción y sus diferencias con la causa iniciada por otra asociación de consumidores, omitió dar tratamiento al

planteo de la apelante relativo a la necesidad de analizar los requisitos de admisibilidad de la acción colectiva, en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos —incluso de naturaleza patrimonial—, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

CS, 24/06/2021. - ADECUA c. Nuevo Banco de Santa Fe SA s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/92496/2021]

Costas

Se imponen a la vencida.

Véase el texto completo en p. 7

La Corte y la cosa juzgada en las acciones colectivas



Gabriel Martínez Medrano

Abogado (UNMdP) y Magister en Derecho (Univ. de Alicante, España). Representa grupos de consumidores y usuarios en procesos colectivos desde 2007 en la Justicia Nacional y Provincia de Buenos Aires. Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC).

SUMARIO: I. Introducción.— II. Sistemas de cosa juzgada en los procesos colectivos.— III. Desarrollo del caso en instancias inferiores.— IV. El dictamen del procurador.— V. La sentencia de la Corte.— VI. Consideraciones sobre el decisorio.

I. Introducción

La presente nota tiene como objetivo comentar el fallo recaído en el expediente ADECUA c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A., en el cual se resolvió revocar una sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial que había acogido una excepción de cosa juzgada y rechazado una demanda colectiva que tenía por objeto la restitución de primas de seguro abonadas por los usuarios y consumidores al Banco demandado.

Tanto el dictamen del Procurador General, Víctor Abramovich, como la sentencia dictada por unanimidad por la Corte Suprema, resolvieron revocar el decisorio de la Cámara y habilitar el tratamiento de la acción colectiva, utilizando a nuestro modo de ver una vía de escape tangencial para revocar la admisión de la excepción, pero sin emitir una definición clara sobre el sistema de cosa juzgada que legisla la ley 24.240 de defensa del consumidor.

Vamos a analizar cuáles son los sistemas de cosa juzgada en materia de acciones colectivas, para luego analizar la solución dada por el máximo tribunal a la cuestión.

II. Sistemas de cosa juzgada en los procesos colectivos

En los diversos sistemas de acciones colectivas se avizoran dos sistemas de cosa juzgada que a su vez recogen variantes.

1. Sistema *pro et contra*

Variantes: a) *pro et contra absoluto*.

b) *pro et contra colectivo*

2. Sistema “*secundum eventum litis*”.

Variante: “*secundum eventum probationem*”.

El sistema *pro et contra absoluto* rige en los Estados Unidos, donde los efectos de la sentencia de una *class action* son los mismos efectos que los de una sentencia individual para todos los potenciales miembros de la clase que no se autoexcluyeron expresa y voluntariamente.

En este sistema la sentencia colectiva hace cosa juzgada independientemente del resultado del proceso, tanto para posteriores acciones colectivas como para ejercer los derechos en forma individual (1). Es decir

que una sentencia contraria a los intereses de la clase expande perjudicialmente sus efectos en contra de todos y cada uno de los potenciales reclamantes, no solo en futuras acciones de clase sino también en cuanto a sus reclamos individuales.

De este modo se agota la posibilidad de litigar nuevamente la cuestión colectiva; y, en caso de derechos individuales homogéneos, se agota la posibilidad de que los miembros de la clase presenten sus reclamos en forma individual.

El sistema que denominamos *pro et contra colectivo* se aplica en Brasil. Según el art. 103 del Código de Defensa del Consumidor de ese país, una sentencia colectiva desfavorable obligará al grupo que litigó, pero la sentencia no puede perjudicar los derechos individuales de sus miembros. Esto quiere decir que no puede intentarse una nueva acción colectiva sobre la misma pretensión, pero los miembros del grupo pueden presentarse ante los juzgados a re-litigar la cuestión en forma individual (2).

El sistema *secundum eventum litis* únicamente expande los efectos de la cosa juzgada favorable al consumidor, tanto para una posterior acción colectiva como indivi-

dual (3). Este sistema rige en el derecho argentino de defensa del consumidor tal cual expresa el art. 54 de la ley 24.240 al señalar: “La sentencia *que haga lugar a la pretensión* hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga” (4).

Una variante de este sistema es el que permite re-litigar la cuestión colectiva si se demuestra la existencia de pruebas nuevas o no consideradas en el primer juicio. Esta solución está prevista en el Código brasileño (art. 103) y en el Código General del Proceso del Uruguay, art. 220. En este escenario “cualquier representante del grupo puede volver a intentar la acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual en el caso de que presente nuevas pruebas” (5).

La cosa juzgada *secundum eventum litis* se diferencia de la cosa juzgada *secundum eventum probationis* en la medida que la primera se refiere al resultado del juicio cuando se conoce del mérito y de las pruebas; mientras que la segunda se refiere especialmente cuando en la circunstancia de escasez pro-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “The judgment in a class action or representative suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it”, “Hansberry v. Lee (1940)”, cit. por TULUMELLO, Andrew - WHITBURN, Mark, “Res judicata and collateral estoppel issues in class litigation”, Chapter 23, p. 206. *A practitioner’s guide to Class Actions*, Marcy Hogan Greer (c) 2010 American Bar Association. Eble, p. 606

(2) GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”, Universidad Autónoma de México, 2004.

(3) VERBIC, Francisco, “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la Ley N° 26.361”, en

Revista de Derecho Procesal. Rubinzal Culzoni, 2009-I (tutelas diferenciadas II) quien señala: los miembros ausentes continuarán habilitados para presentarse ante los tribunales ejercitando acciones en protección de sus derechos individuales afectados con motivo del hecho juzgado en el proceso colectivo, así como también podrán interponer nuevas acciones otros legitimados colectivos.

(4) En Chile rige un sistema similar y así es explicado por la doctrina: *La cosa juzgada secundum eventum litis, o a la “suerte del resultado”, opera en relación a un determinado resultado de la demanda, o sea, la cosa juzgada material se produce solamente con la decisión que, resolviendo la litis, declara procedente la pretensión vertida en la demanda, pero, si la demanda es denegada, no*

se produce, siendo posible en este caso presentar nuevamente la misma demanda, con idéntico pedido y causa de pedir. Este es el caso de las acciones colectivas relativas a los derechos del consumidor, tal como establece la propia Ley del Consumidor N° 19.496, que establece que “la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto erga omnes...”, MACHADO MARTINS, Priscila, “La cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección”, *Rev. Chil. Derecho*, vol. 46, N° 3, Santiago dic. 2019 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000300741>

(5) Cosa juzgada *secundum eventum probationis*, o a la “suerte de la prueba”, en esta modalidad, opera con el agotamiento o frente a la suficiencia probatoria. En

principio, tanto las decisiones que acogen la demanda o la rechazan provocan cosa juzgada material, salvo con una excepción: si el pedido fue juzgado improcedente por ausencia de pruebas; en dicho caso, no hay formación de la cosa juzgada material, siendo posible que el demandante presente una nueva demanda, con nuevas pruebas para instruir su pretensión, tales como en los casos de las acciones constitucionales en otros sistemas jurídicos. La cosa juzgada *secundum eventum probationis* es caracterizada por formarse solamente cuando exista grado de certeza por el agotamiento de las pruebas, siendo la demanda juzgada procedente o improcedente con suficiencia de material probatorio”, MACHADO MARTINS, Priscila, ob. cit.

batoria por parte del accionante, se permite en una segunda demanda conocer del mérito o del fondo de la causa (6).

III. Desarrollo del caso en instancias inferiores

En 2010, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial rechazó una demanda iniciada por Unión de Usuarios y Consumidores contra el Banco Santa Fe. El objeto de la demanda era: el cese del cobro de un concepto referido al seguro colectivo de vida de deudores que excedan el valor del corriente en plaza para este tipo de seguros; la restitución por parte del banco a todos sus clientes de lo percibido de ellos por cualquier concepto referido al seguro colectivo de vida de deudores que exceda el valor corriente en plaza durante los últimos diez años; la declaración de nulidad parcial y absoluta de las cláusulas del seguro colectivo de vida de deudores o en su referencia en el contrato de préstamo; la integración de los contratos, a fin de no privar a los usuarios del seguro colectivo de vida de deudores y manteniéndoselo por tres meses con una prima equivalente a la corriente en plaza y condenando a la entidad para que contrate un nuevo seguro con la misma cobertura por medio de una licitación pública y se adjudique a la aseguradora que ofrezca el menor precio, condenando a la entidad a que pague una multa a cada uno de sus clientes que le hubieren pagado cargos por cualquier concepto referido al seguro colectivo de vida de deudores a precios superiores a los corrientes en plaza.

El motivo del rechazo de la demanda fue la determinación de la falta de legitimación activa de la Asociación para el reclamo. La sentencia no resolvió sobre el fondo de la cuestión, sino que el rechazo se debió a la falta de legitimación.

La jurisprudencia de la Sala B en aquel entonces impedía la prosecución de cualquier acción colectiva relacionada a derechos individuales homogéneos. Decenas de casos fueron rechazados por falta de legitimación activa, muchos de los cuales fueron elevados a la Corte Suprema y revocados por esta (ej. UCA c/ AMX Expediente Nro. 70.536/2005 entre muchos otros).

En el caso en comentario, en 2011, con posterioridad a los casos *Halabi* y *Padec*, donde la Corte Suprema estableció la acción de clase y admitió este tipo de reclamo para derechos individuales homogéneos por parte de Asociaciones de consumidores, otra Asociación inició el mismo reclamo que dio lugar a la sentencia en comentario.

El expediente fue asignado a la Sala E de la Excma. Cámara, la que dictó una sentencia que hizo lugar a la excepción de cosa juzgada interpuesta por el Banco (sentencia de fecha 15 de abril de 2014).

En su sentencia, la Cámara entendió que el reclamo de ADECUA era idéntico al de Unión de Usuarios. Sostuvo: *Existe así una igualdad de justiciables representados por asociaciones de consumidores que protegen los mismos derechos colectivos, con idéntico fundamento, valiéndose incluso de demandas y pruebas iguales, habiendo sido patrocinadas por el mismo letrado. Surge confusable en ambas pretensiones el derecho e interés alegado y la calidad que invocan ambas actoras: representan un mismo interés ajeno.*

Ahora bien, si se atiende el contenido de la sentencia, su calidad de cosa juzgada se halla condicionada a la circunstancia de que recaí-

ga sobre la fundabilidad de la pretensión, o de que deniegue la actuación de esta por no concurrir algún requisito intrínseco de admisibilidad: legitimación, interés y posibilidad jurídica (cfr. Palacio, "Derecho Procesal Civil", 2005, t. V, p. 477).

Y esta última situación, en cuanto a la falta de uno de los requisitos intrínsecos de admisibilidad de la acción, es la que se configura en el caso.

Es que, en la sentencia dictada por la Sala "B" de esta Cámara el día 17/10/2010 en los autos "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario", se confirmó la resolución de la anterior instancia mediante la cual se había rechazado la demanda como consecuencia de haberse admitido la excepción de falta de legitimación activa por parte de la asociación de consumidores para formular el reclamo (v. fs. 926/9).

Es decir que, para el criterio de la Cámara, la sentencia que había rechazado la demanda por falta de legitimación activa de la Asociación causa cosa juzgada que impide el inicio de una nueva acción colectiva. Aplicó entonces la doctrina de la cosa juzgada *pro et contra colectivo*, pese a que el art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor, como vimos, establece el sistema *secundum eventum litis*.

El recurso extraordinario de la Asociación ADECUA discurrió por ese planteo sobre el sistema de cosa juzgada en nuestro país para las acciones de consumo.

Dos críticas para hacer sobre la sentencia de la Cámara. La primera es que desatendió el art. 54 y la segunda es que consideró cosa juzgada una sentencia que había rechazado la demanda sin entrar al fondo de la cuestión, con lo cual no había resuelto el problema jurídico planteado, sino que había determinado que quien lo había llevado al tribunal no estaba habilitado para ello.

IV. El dictamen del procurador

El 12/02/2019 se emitió Dictamen de la Procuración General ante la CSJN, firmado por el Dr. Víctor Abramovich.

El Procurador señaló que entre la primera y la segunda sentencia de Cámara, la Corte Suprema había establecido el criterio de que las Asociaciones tenían legitimación para efectuar reclamos como el juzgado en el expediente (Fallos: 336:1236, "PADEC"; 337:196, "Unión de Usuarios y Consumidores"; 338:1492, "Consumidores Libres") y añadió "Esos extremos debieron ser reexaminados circunstanciadamente en este proceso, a efectos de verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, por lo que el rechazo de la demanda, en este contexto, y a la luz de lo dispuesto por el artículo 54 de la ley 24.240, resultó infundado y prematuro.

Es decir que, sostuvo el Procurador que la Cámara desatendió el sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*, con lo cual, al haberse rechazado la primera demanda, la Cámara debía "reexaminar" la cuestión de la legitimación a la luz de la nueva doctrina de la Corte Suprema.

Hasta aquí, con la sola invocación del art. 54, entendemos alcanzaba para revocar la sentencia de la Cámara. Sin embargo, el Procurador avanzó sobre algunos aspectos fácticos tratando de diferenciar los expedientes Unión de Usuarios y ADECUA, algo que, a nuestro parecer era innecesario.

Señaló que se trataba de contratos firmados en distintos períodos por los consumidores, con lo cual se trataba de un universo distinto (es decir, la "clase" del primer juicio no coincidía con la del segundo). A su vez mencionó que, al ser contratos firmados en distinto tiempo, podrían haber cambiado las condiciones de mercado a lo largo del tiempo. Por último, achacó a la Cámara que no evaluara, en el segundo expediente, las condiciones, en ese momento, de acceso a la justicia en forma individual por cada consumidor o bien sí, para preservar ese derecho, era necesaria la acción de clase. Por esos motivos aconsejó a la Corte revocar la sentencia.

V. La sentencia de la Corte

La Corte Suprema resolvió revocar la sentencia, mediante un decisorio firmado el 24/06/2021, en forma unánime con la firma de cuatro de sus miembros (Maqueda, Highton, Rozenkrantz y Rosatti).

La Corte no hace mención al art. 54 de la ley 24.240, como sí había hecho el Procurador, y procede a analizar las diferencias entre ambos procesos y la falta de análisis de la legitimación por parte de la Cámara a la luz de la doctrina legal de la Corte.

Señaló que "la alzada ha extendido su valor formal (de la cosa juzgada) más allá de los límites razonables y ha prescindido de una adecuada ponderación de los aspectos relevantes de la causa, todo lo cual redundó en un evidente menoscabo de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 310:302; 323:2562 y 3664) y de la efectiva tutela de los derechos de los consumidores consagrada por el artículo 42 de la Constitución Nacional (del Cons. 5°).

En el considerando 6° dijo: *el tribunal a quo omitió considerar las particulares características de la presente acción que involucra contratos celebrados en períodos distintos a los reclamados en la causa "Unión de Consumidores y Usuarios c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario", como así también que al momento de iniciar esta acción este Tribunal ya había establecido que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada y, que, de no reconocerse la legitimación procesal, podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (Fallos: 332:111). Esos extremos debieron ser examinados circunstanciadamente en este proceso, a efectos de verificar la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción.*

En el considerando 7° añadió: *el tribunal a quo no valoró las particulares características de la presente acción y sus diferencias con la causa iniciada por la Unión de Consumidores y Usuarios. De igual manera, omitió dar tratamiento al planteo de la apelante relativo a la necesidad de analizar los requisitos de admisibilidad de la acción colectiva en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos —incluso de naturaleza patrimonial— a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal (confr. Fallos: 332:111; 336:1236).*

VI. Consideraciones sobre el decisorio

Queremos detenernos en dos aspectos de la sentencia de la Corte.

El primero es lo que la sentencia "no dice" y a nuestro modo de ver debería haber aclarado. Nos referimos al art. 54 de la ley y a la cosa juzgada *secundum eventum litis*. El Procurador menciona el art. 54 y dice que la Cámara debía haber "reexaminado" la cuestión de la legitimación en el segundo juicio, con lo cual se infiere que no cabe la cosa juzgada sobre la cuestión de la legitimación, cuando fue rechazada y la demanda puede ser iniciada cuantas veces sea menester; y el nuevo tribunal debe analizar la legitimación a la luz de la doctrina judicial imperante en el momento en que reexamina el caso.

La Corte, en el Considerando 6°, utiliza el verbo "examinar" y no "reexaminar". Ello, sumado a la ausencia de cita del art. 54, impide conocer si la Corte respaldó la cosa juzgada *secundum eventum litis*. Ello es importante, porque el nuevo Código de Procedimiento de Consumidores de CABA introduce el sistema "secundum effectum probationem", teniendo por lo tanto un estándar inferior en la protección a los consumidores que la Ley Nacional.

Nuestra opinión es que debe aplicarse el art. 54 y, por lo tanto, la cosa juzgada se extiende a los miembros de la clase únicamente cuando la sentencia es favorable a sus intereses y solo afecta al reclamante o reclamantes presentados en el expediente cuando la sentencia es un rechazo, sea por la causal que fuere (cuestiones de derecho o de pruebas).

La segunda cuestión es determinar cuál es el valor de una sentencia que rechaza la legitimación de un representante colectivo, enfrentada a un nuevo proceso promovido por otro legitimado. Entendemos que el valor es cero, porque dicha cosa juzgada, además de ser contraria a la clase, no entró a juzgar los méritos del caso; se trató de una cuestión procedimental y no sustancial.

En el marco de una acción judicial individual la legitimación activa, por lo general, es una cuestión sustancial. Entendemos que en un proceso colectivo no es así; y la sentencia de la Corte parece apoyar esta idea.

La Cámara para sostener que la cuestión de la legitimación activa era sustancial y hacerla jugar como cosa juzgada se fundó en una cita de Lino Palacio, que solo puede entenderse escrita en relación con acciones individuales: "si se atiende el contenido de la sentencia, su calidad de cosa juzgada se halla condicionada a la circunstancia de que recaiga sobre la fundabilidad de la pretensión, o de que deniegue la actuación de esta por no concurrir algún requisito intrínseco de admisibilidad: legitimación, interés y posibilidad jurídica (cfr. Palacio, "Derecho Procesal Civil", 2005, t. V, p. 477)".

La sentencia que rechaza la *legitimatío ad causam* causa cosa juzgada solo respecto de quien intentó la acción, pero no sobre el derecho litigado. En una acción individual el legitimado *ad causam* es el titular de la relación jurídica de fondo y por lo tanto la sentencia que le rechaza la legitimación implica determinar que aquel no es el titular del derecho que se pretendió litigar (7). Así por citar solo Colombo, quien define a la falta de legitimación para obrar como la "ausencia de la cualidad de titular del derecho de pretender una sentencia favorable respecto de lo que es objeto de litigio, cualidad que

telectual en el campo procesal, por lo que remitimos al trabajo titulado legitimación para obrar y falta de legitimación para obrar (*sine actione agit*) por Roberto G. LOUTAYF RANEA (Trabajo publicado en el libro

"Excepciones procesales, sustanciales y otras Defensas. Doctrina y jurisprudencia", Dir. Angelina Ferreyra de De la Rúa, Córdoba, Advocatus [Universidad Empresarial Siglo veintiuno], 2009, p. 351 y ss.), donde se

analizan las distintas posiciones de los más eminentes procesalistas sobre la cuestión.

(6) MACHADO MARTINS, Priscila, ob. cit.

(7) La discusión sobre la identidad del titular del derecho sustancial y el legitimado activo exceden tanto el contenido del trabajo como nuestra capacidad in-

en la generalidad de los casos coincide con la titularidad de la relación jurídico-sustancial" (8).

Incluso en materia de procesos individuales, la sentencia que rechaza la *legitimatío ad causam* hace cosa juzgada, pero con dos límites. Se refiere solo al sujeto que introdujo para acción rechazada el frustrado legitimado; y no hace cosa juzgada sobre el mérito del planteo, puesto que no fue motivo de tratamiento. Otra persona puede iniciar la misma acción.

Así se ha dicho: *La sentencia que se pronuncia sobre la falta de legitimación para obrar y como consecuencia de la cual se ordena el archivo del expediente adquiere calidad de cosa juzgada; pero solamente con relación a la cuestión de falta de legitimación para obrar, mas sin afirmar o negar la existencia del derecho invocado como fundamento de la pretensión, dado que no se emite pronunciamiento al respecto; y más, específicamente, solo con relación al actor o al demandado cuya falta de legitimación para obrar se declara (según sea activa o pasiva), lo que no impide que luego verdaderamente legitimado o contra el realmente legitimado se promueva un nuevo juicio (9).* También se afirmó que *si el juez entiende que existe falta de legitimación, no entra a juzgar el mérito y rechazará la demanda. No se habrá pronunciado, pues, sobre el fondo; la razón o la sinrazón de la demanda quedarán sin fallar. Entonces no habrá tampoco cosa juzgada al respecto (10).*

(8) Citador por LOUTAYF RANEA, ob. cit. La Jurisprudencia ha dicho: La "legitimatío ad causam" significa la correspondencia del derecho (sustancial) con la persona que lo hace valer. Este es un requisito para obtener sentencia favorable; la "ad processum", requisito o presupuesto para la existencia de una relación jurídica procesal válida (CNCCom., sala D, 19/04/1991, LA LEY, 1992-A, 379). La falta de legitimación activa resulta manifiesta cuando la demandante no es titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión (CS, 24/08/1995, ED 166-204).

(9) LOUTAYF RANEA, op cit, con citas de MORELLO, SOSA y BERIZONCE: "Códigos Procesales...", Abeledo-Perrot-, Buenos Aires, Lib. Edit. Platense, La Plata, t. IV-B, 1990, p. 222. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Notiones generales de Derecho Procesal Civil", Aguilar, Ma-

Una de las posibles situaciones en las cuales se escinde la figura del legitimado activo *ad causam* y del titular del derecho sustancial son los procesos colectivos, donde una entidad intermedia o el propio Estado actúan en representación de los usuarios y consumidores. En este caso existe una legitimación extraordinaria por razones de interés general (11).

En estos casos, donde se escinden la calidad de titular de la relación jurídica sustancial de la de legitimado *ad causam*, el análisis del segundo elemento no implica *per se* una cuestión de fondo, porque, al resolver, el tribunal no cierra la vía por una cuestión sustancial, sino por una cuestión procesal. Entendemos que si falla la representación del pretense legitimado colectivo, la acción puede ser intentada por otro representante. La cita de Palacio que efectúa la Cámara no se aplica a los procesos colectivos, porque Palacios se refiere a requisito "intrínseco" de admisibilidad respecto de un (falso) legitimado, al determinar que este no era el titular del derecho sustancial. Este análisis nunca se hace en materia de acciones colectivas, ya que los titulares de la relación jurídica de fondo son los consumidores, ausentes del proceso, y el legitimado *ad causam* es un tercero que la Constitución (o la ley) inviste como representante de los ausentes, con lo cual el análisis de la falta de legitimación del representante colectivo se asemeja a una cuestión de falta de personería y no de *legitimatío ad causam*. Así

drid, 1966, p. 283, 284.

(10) VESCOVI, Enrique, "Derecho Procesal Civil", Ed. Idea, Montevideo, 1974, t. II, p. 164, cit. por Loutayf Ranea.

(11) LOUTAYF RANEA, ob cit.

(12) *Ibidem*.

(13) Pensamos en el supuesto de que una Asociación inicia una demanda con la matrícula del Registro vencida. El rechazo de su legitimación no puede impedir que otra asociación con la matrícula vigente inicie la misma demanda. Lo contrario sería un absurdo.

(14) ... cuando el demandado solicita un juicio sumario antes de una decisión sobre la certificación de la clase asume el riesgo de que una sentencia a su favor no lo proteja de demandas posteriores por parte de otros miembros potenciales de la clase, ya que solo la delgada cortina del

se dijo que "mientras la falta de personería se refiere a la capacidad de las partes para estar en juicio o a la existencia de representación adecuada y suficiente (*legitimatío ad processum*), la falta de legitimación para obrar se refiere a la legitimación con relación al derecho sustancial que se discute en el proceso, es decir, que actor o demandado son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con relación a la concreta materia sobre la cual versa el pleito (*legitimatío ad causam*)" (12).

Por ello el examen de la legitimación (*recitius*: personería) de la Asociación de Consumidores no puede causar estado respecto de la posibilidad de "replantear" la cuestión por otro legitimado (13).

Ello es lo que surge del fallo de la Corte Suprema. La cuestión de la legitimación activa rechazada puede ser revisada, si la demanda es presentada en otra ocasión por otro legitimado colectivo.

En los Estados Unidos se resuelve la cuestión de manera similar. En el sistema americano rige el sistema *pro et contra absoluto*, es decir que el rechazo de la demanda colectiva sobre el fondo impide el replanteo de la cuestión, incluso en juicios individuales. Pero si la acción no fue certificada, y se produjera una decisión incluso sobre el fondo, la sentencia solo afectará a los demandantes presentados y al deman-

stare decisis se interpone entre ellos y la posible avalancha de litigantes. Postow, 627 F.2d en 1382 (citando 'Haas contra Pittsburgh Nat'l Bank', 381 F. Supp. 801, 805 (WD Pa. 1974), ... Varios circuitos han sostenido que una decisión emitida por el tribunal de distrito antes de que una clase haya sido debidamente certificada y notificada no es vinculante para nadie más que para los demandantes nombrados. Véase, por ejemplo, Besinga, 923 F.2d en 137; 'Gert contra Elgin National Industries, Incorporated', 773 F.2d 154, 160 (7º Cir. 1985); 'Wright contra Collins', 766 F.2d 841, 847 (4º Cir. 1985); 'Jones v. Diamond', 594 F.2d 997, 1023 (5th Cir. 1979). Nos unimos al Distrito de Columbia y al tercer circuito al sostener que cuando los acusados obtienen un juicio sumario antes de que la clase haya sido debidamente certificada ... la decisión del tribunal de distrito vincula solo a los demandantes nombrados. 'Schwarzchild v.

dado. En ese caso el demandado no puede prevalecerse de la cosa juzgada respecto de los ausentes del proceso, solo podrá hacer valer la regla de jurisprudencia (*stare decisis*) emergente del fallo a su favor, pero nunca la cosa juzgada (*res judicata*) (14). Ello, porque la falta de certificación de la clase motiva que la cosa juzgada no sea expansiva a la clase que se pretendía representar. Es por ello que una sentencia que rechaza una certificación de clase tampoco causa estado para futuros reclamos individuales e incluso colectivos, si luego la demanda es perfeccionada (vgr. mediante una correcta descripción de la clase, demasiado ambigua en el primer reclamo).

En el caso argentino el rechazo de la primera demanda por falta de legitimación equivale a un rechazo de la certificación de clase del sistema de *class actions*; por ello el colectivo nunca se formó y otro legitimado puede intentar hacerlo valer en otro proceso.

Nuestra valoración del fallo de la Corte es positiva, ya que permite replantear casos en los cuales el rechazo de la primera demanda se debió a cuestiones formales o de personería. Sin embargo hubiéramos deseado que, al igual que el Procurador, se invocara la cosa juzgada *secundum eventum litis*, para resolver la cuestión.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2505/2021

Tse', 69 F.3d 293, 297 (9th Cir. 1995), que ha sido citada en 'Manual for Complex Litigation', fourth, p. 253. En el mismo sentido se dijo: *Cuando se sigue el procedimiento que acabamos de describir (se resuelve el mérito sin certificar la clase), el demandado pierde el efecto preclusivo de la certificación de clase en las demandas posteriores contra él, pero se ahorra el gasto adicional de defender una acción de clase y puede contentarse con oponerse a los miembros de la clase uno por uno, por así decirlo, solicitando un juicio sumario, cada vez que sea demandado, antes de que el juez que preside la demanda decida si certificarla como una demanda colectiva. 'Cowen v. Bank United of Tex.', 70 F.3d 937, 941(7th Cir. 1995).*

Texto completo de fallo de p. 5

Dictamen del Procurador Fiscal

-I-

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la decisión de la instancia anterior en cuanto había rechazado la excepción de incompetencia opuesta por el Nuevo Banco de Santa Fe S.A., la revocó en relación con la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, rechazó la demanda (fs. 290/297 y 350/352 del principal, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

En lo que resulta aquí pertinente, el tribunal sostuvo que del escrito de inicio del presente proceso y el obrante en autos "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario" (que corre agregado) surge que versan sobre el mismo objeto y causa. Señaló que en ambas acciones se reclama el cese por parte de la entidad financiera demandada del cobro a sus clientes de los importes referidos al seguro de vida colectivo, que excedan el valor corriente en plaza, y que reintegren lo cobrado en exceso durante los 10 años anteriores al inicio del proceso. Asimismo, en los dos procesos se solicitó la nulidad de las cláusulas referidas al seguro en los contratos de pres-

tamo, y que se integre por uno equivalente al valor de mercado.

Por otro lado, la cámara si bien reconoce que las asociaciones de consumidores actoras son personas jurídicas distintas, destaca que ejercen la representación del mismo grupo de consumidores, y que protegen idénticos derechos colectivos, con iguales fundamentos y pruebas, y patrocinadas por el mismo abogado.

Finalmente, el tribunal precisó que la sentencia dictada por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario" rechazó la legitimación activa de la asociación sobre la base de considerar que los derechos involucrados en la acción resultaban personales, individuales y diferenciados, y que, de tal forma, no podrían ser objeto de acciones colectivas. En tal contexto, concluyó que ese precedente produce efectos de cosa juzgada en la presente causa.

Contra el pronunciamiento dictado en el *sub lite*, la Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA), dedujo recurso extraordinario, que fue denegado (fs. 378/397 y 422/423), lo cual dio lugar a la presente queja (fs. 35/42 del cuaderno respectivo).

-II-

La asociación actora se agravia, en síntesis, porque la decisión a la que se le atribuyó carácter de cosa juzgada fue dictada contra otra asociación de defensa de consumidores, e implica entender que ninguna asociación de defensa de los consumidores puede estar legitimada para litigar contra el banco demandado por los hechos planteados en autos, lo que considera contrario al derecho federal y a la jurisprudencia del Máximo Tribunal.

Imputa arbitrariedad a la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial porque se aparta del derecho aplicable (Ley 24.240 de Defensa del Consumidor) y de la jurisprudencia de la Corte Suprema en "Halabi" (Fallos: 332:111). Alega que la decisión implica desconocer que, de conformidad con el artículo 54 de la ley 24.240, la sentencia dictada en este tipo de procesos solo tiene autoridad de cosa juzgada para el demandado cuando hace lugar a la acción, no cuando la acción es rechazada como ocurrió en el juicio promovido por la Unión de Usuarios y Consumidores.

-III-

Si bien lo atiente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada resulta ser, en prin-

cipio, una cuestión de hecho y de derecho procesal, extraña a la instancia extraordinaria, tal principio admite excepciones cuando la decisión impugnada extiende su valor formal más allá de los límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes de la causa, lo cual COM 22017/2011/1/RH1 "ADECUA c. Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario" redundante en un evidente menoscabo de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 323:2562, "Rizzi"; 323:3664, "Portela"; entre muchos otros). Opino que ello ocurre en el caso en estudio.

Sentado ello, en primer término, resulta necesario precisar que en el expediente "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ordinario", la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a la excepción de falta de legitimación de la asociación de consumidores opuesta por el banco demandado, sobre la base de considerar que los derechos involucrados en el reclamo promovido en el año 2008, eran personales, individuales y diferenciados, y que cada uno de los titulares de la relación jurídica podía disponer libremente de ellos (fs. 926/929 de los autos mencionados que corren agregados).

En este punto, cabe señalar que la Corte Suprema ha establecido que de acuer-

do a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente al acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (Fallos: 336:1236, “PADEC”; 337:196, “Unión de Usuarios y Consumidores”; 338:1492, “Consumidores Libres”).

Esos extremos debieron ser reexaminados circunstanciadamente en este proceso, a efectos de verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, por lo que el rechazo de la demanda, en este contexto, y a la luz de lo dispuesto por el artículo 54 de la ley 24.240, resultó infundado y prematuro.

En este sentido, entiendo que en modo alguno la resolución adoptada en el proceso previo, dictada en el año 2010, y que no había resuelto la viabilidad del reclamo desde el punto de vista sustancial, alcanza para sustentar la decisión tomada en el marco de una nueva acción colectiva promovida por otra asociación de consumidores en el año 2011, y que involucra contratos celebrados en períodos distintos, en los que se habría impuesto a los clientes un seguro de vida a un precio que es impugnado por ser muy superior al valor de mercado.

En efecto, el tribunal no valoró las particulares características de la presente acción y las diferencias con la resuelta en orden a la determinación del universo de potenciales consumidores afectados, así como las condiciones específicas de los seguros colectivos de vida en los contratos de crédito bancario celebrados en los períodos específicos indicados en el escrito de inicio, cuyo precio es relacionado con el de plaza en cada momento. A su vez, omitió definir si las circunstancias de este proceso resultaban idénticas a las ya ponderadas en el precedente citado, en cuanto a la posibilidad de que los titulares de la relación jurídica pudieran disponer libremente de los derechos patrimoniales invocados, o bien si se requería de la intervención de una representación colectiva para no comprometer el acceso a la justicia de la clase.

-IV-

Por lo expuesto, y sin abrir juicio sobre la solución final del caso, en mi opinión, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y remitir los autos al tribunal de origen, para que dicte uno nuevo con arreglo a derecho. Buenos Aires, febrero de 2019. — *Víctor Abramovich*.

Buenos Aires, 24 de junio de 2021

Considerando:

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial admitió la excepción de cosa juzgada en virtud de la existencia de una sentencia firme dictada en la causa “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario”.

2º) Que, para así decidir, el a quo señaló que, si bien no desconocía que las asociaciones de consumidores eran personas jurídicas distintas, lo cierto era que ambas actuaban con la finalidad de tutelar los derechos del mismo grupo de consumidores frente a idéntica situación vinculada al cobro a los clientes del banco demandado de un seguro colectivo de vida para deudores por un valor que excedería al corriente en plaza.

Agregó que existía así una igualdad de justificables representados por asociaciones de consumidores que protegen los mismos derechos colectivos, con idéntico fundamento, valiéndose incluso de demandas y pruebas iguales, habiendo sido patrocinadas por el mismo letrado.

Señaló que en la sentencia dictada en la causa “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario” se rechazó la demanda al hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa por parte de la asociación de consumidores para formular el reclamo.

Dijo que en ella se destacó que la acción de fondo tendría por finalidad la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada presunto afectado, concluyéndose así que la legitimación correspondía individualmente a cada uno de los supuestos perjudicados.

Concluyó que siendo que aquella demanda (idéntica a la de autos) fue rechazada ante la falta de uno de los requisitos intrínsecos de admisibilidad (falta de legitimación activa de una asociación de consumidores, que en esta oportunidad es invocada por otra diferente, pero bajo los mismos fundamentos), no cabía sino juzgar que dicho de-

cisorio producía efectos de cosa juzgada en la presente causa, lo cual determinaba que dicha cuestión no podía reeditarse al menos colectivamente.

3º) Que contra dicha resolución ADECUA interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja en examen.

4º) Que la recurrente alega la arbitrariedad de la sentencia apelada, en tanto esta no resulta una derivación razonada del derecho vigente, se aparta de las normas aplicables al caso (los artículos 52, 53, 54 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor) y de la doctrina elaborada por esta Corte sobre los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional al negarle la legitimación para demandar colectivamente en defensa de los derechos e intereses de los usuarios del Nuevo Banco de Santa Fe.

Aduce que el a quo otorgó efectos de cosa juzgada a un pronunciamiento dictado en un juicio promovido por una persona distinta a su mandante, donde no se resolvió la pretensión de fondo sino solo la legitimación.

Indica que los usuarios representados no son idénticos por la diferencia temporal entre una acción y otra que hace que los reclamos abarquen períodos diferentes.

Afirma que la decisión perjudica directamente a todos los usuarios —clientes de la demandada— en tanto la acción colectiva es la única vía apta para obtener la protección que se reclama, ya que es fácticamente imposible la acción individual en virtud del escaso monto económico que tendría cada una.

5º) Que si bien es cierto que lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada es un problema de hecho y derecho procesal, ajeno como regla a esta instancia extraordinaria, ello no impide al Tribunal conocer en un planteo de tal naturaleza cuando la alzada ha extendido su valor formal más allá de los límites razonables y ha prescindido de una adecuada ponderación de los aspectos relevantes de la causa, todo lo cual redundando en un evidente menoscabo de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 310:302; 323:2562 y 3664) y de la efectiva tutela de los derechos de los consumidores consagrada por el artículo 42 de la Constitución Nacional.

6º) Que ello es así en tanto el tribunal a quo omitió considerar las particulares características de la presente acción que involucra contratos celebrados en períodos distintos a

los reclamados en la causa “Unión de Consumidores y Usuarios c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ ordinario”, como así también que al momento de iniciar esta acción este Tribunal ya había establecido que de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada y; que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (Fallos: 332:111).

Esos extremos debieron ser examinados circunstanciadamente en este proceso, a efectos de verificar la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción.

7º) Que, en efecto, el tribunal a quo no valoró las particulares características de la presente acción y sus diferencias con la causa iniciada por la Unión de Consumidores y Usuarios. De igual manera, omitió dar tratamiento al planteo de la apelante relativo a la necesidad de analizar los requisitos de admisibilidad de la acción colectiva en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos -incluso de naturaleza patrimonial- a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal (confr. Fallos: 332:111; 336:1236).

8º) Que, en tales condiciones, el pronunciamiento apelado solo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho aplicable con relación a los hechos comprobados de la causa y, por ende, debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido a la luz de la conocida doctrina de la Corte elaborada en torno a las sentencias arbitrarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Con costas a la vencida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 54, a cargo del Dr. Eugenio Labeau, Secretaría única, a cargo de la Dra. Fabiana Salgado, sito en Av. de los Inmigrantes 1950, piso 5, de la C.A.B.A., en los autos “MENDIETA MARTA MARIANA c/ E. T. A. P. S.A. EMPRESARIOS DE TRANSP. AUT. DE PASAJEROS S.A. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS” Nº 27.983/07, cita y emplaza

por diez días a los herederos de RAÚL ALEJANDRO ARAYA para que comparezcan a tomar la intervención que les corresponda en autos, bajo apercibimiento de designar al Defensor Oficial para que los representen en juicio. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 25 de agosto de 2021
Fabiana Salgado, sec.
LA LEY: I. 03/09/21V. 06/09/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 1 a cargo de la Dra. Silvana A. Bracamonte, secretaria Nº 2 interinamente a mi cargo, sito en Libertad 731 9º piso de Capital Federal, hace saber que BERNAL RÍOS, AMELIA VALENTINA de nacionalidad venezolana con DNI 95.336.854 ha petitionado la concesión de la ciudadanía

argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá publicarse por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 12 de julio de 2021
Emiliano Wigutow, sec. int.
LA LEY: I. 03/09/21V. 03/09/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la/Sr./Sra. ESTEBAN ANDRÉS VILLASMIL MÉNDEZ de nacionalidad venezolana con 95.447.026 según Exp. Nº 4532/2019 “VILLASMIL MÉNDEZ, ESTEBAN ANDRÉS s/

SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 19 de agosto de 2021
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 03/09/21V. 03/09/21

