

“La tutela de la equidad como derecho humano. Juzgar con perspectiva de género en el derecho concursal. Análisis del régimen de Privilegios.”

por Brenda Agustina D’Ubaldo¹

La igualdad desde una perspectiva sociológica y jurídica constituye una de las bases fundamentales del ser humano, ello por cuanto, resulta imprescindible para el desarrollo personal y social de una persona.

La igualdad de derechos es algo más que la mera igualdad frente a la ley; es la exclusión de toda discriminación y la independencia y no subordinación entre los seres humanos. De manera concluyente, la igualdad se asienta en la dignidad de la persona humana y su consagración constitucional la promueve socialmente y la mandata a quienes la interpretan, la aplican y la desarrollan en todo el ordenamiento jurídico².

Ferrajoli sostiene que el principio de igualdad se establece porque somos, además de diferentes, desiguales. Precisamente porque, de hecho, somos desiguales –desiguales en cuanto a condiciones económicas y oportunidades sociales.³

De esta forma, los principios de seguridad jurídica e igualdad se interrelacionan, siendo principios inseparables donde, contemplar las circunstancias y condiciones que generan desigualdad, tiene como resultado la igualdad real de las personas.

La reforma constitucional de 1994 instituyó una de las reformas más importantes desde su sanción ya que insertó en el ordenamiento jurídico interno

¹ Abogada. Oficial Mayor Relator en la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Maestrando en Derecho Empresario (Austral). Profesora Adjunta materia: “Concursos y Quiebras” en la Universidad del Museo Social Argentino. Autora de artículos y ponencias sobre Derecho Empresario y Derecho del Consumidor.

² GONZALEZ FERRER, Yamila, “Aportes epistemológicos del pensamiento jurídico feminista al debate sobre la igualdad”, en L. L. AR/DOC/2138/2019.

³ FERRAGOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Ed. Trotta, Madrid, 2019, Pág. 13

el derecho internacional de los derechos humanos y marcó un cambio de modelo asegurando las condiciones para lograr una igualdad real.

Así, mediante el artículo 75 inc. 22 se incorporó a nuestra Constitución Nacional el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos que brindan protección a los Derechos Humanos fundamentales de las personas que habitan el suelo argentino.

Por su parte, el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional dispone, como atribuciones del Congreso, "legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

De lo expuesto surge que la igualdad se trata de un mandato constitucional pero que, a su vez, es convencional ya que trae aparejada la responsabilidad internacional que asumió el Estado Argentino. De esta forma, la interpretación y aplicación armónica de los arts. 16, 37, 75. inc. 22 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional impone generar una práctica ajustada al principio de igualdad real.

Al otorgar la mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país a estos acuerdos internacionales de naturaleza suprallegal, se inauguró una nueva etapa, cuya influencia fue tal que, poco a poco, obligó a todos los que conformamos de una manera u otra los engranajes del sistema judicial —jueces, funcionarios y abogados— a repensar el derecho desde una perspectiva distinta, donde los *principios* y *valores jurídicos* orientados a la tutela de la persona humana y de su dignidad son el centro absoluto, definitivo y fin del ordenamiento jurídico.⁴

La igualdad de géneros y su conceptualización es un debate fundamental en el ámbito jurídico y sociológico. De allí que sirve como base para

⁴ JUNYENT BAS, Francisco y MARCOS, Fernando, *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del acreedor involuntario*, en L. L. 2019-A, 337.

proyectar, visibilizar y limitar las innumerables situaciones en que se exponen los patrones estructurales de discriminación hacia la mujer.

La real dimensión de la perspectiva de género se asienta sobre las bases de los derechos humanos de la mujer, por lo que se impone tomar conciencia sobre las particularidades concretas que incluye este grupo y valorar las mismas considerando que su protección implica el amparo de la dignidad humana.

Si bien, con el propósito de lograr la realización práctica del principio de igualdad para las mujeres se impone respetar y valorar las diferencias procurando un cambio social, educativo y cultural, necesariamente forma parte de este cambio el rol legislativo y judicial que, a fin de velar por el pleno ejercicio de los derechos humanos, debe promover el escrutinio de las diferencias que justifiquen la desigualdad centrada en igualar a este grupo vulnerable.

El Estado argentino, a partir de la reforma constitucional de 1994, asumió obligaciones hacia todos los ciudadanos a fin de dar operatividad al principio de igualdad real y no discriminación, lo que impone armonizar el derecho internacional con las normas de derecho interno dirigidos a la protección de los derechos humanos eliminando cualquier interpretación restrictiva.

Violencia de género. La mujer como grupo vulnerable.

Lo primero que debe tenerse en cuenta al considerar a la mujer como un grupo vulnerable es que la violencia contra la mujer basada en el género es resultado de una manifestación histórica de las relaciones de poder y sometimiento a la mujer.

Si bien la violación de los derechos humanos afecta a ambos géneros, la cometida hacia las mujeres a través de la agresión a las distintas esferas de su personalidad, las somete a un estado de vulnerabilidad vinculado a las relaciones asimétricas establecidas en nuestra sociedad entre varones y mujeres como, por ejemplo, las tareas de cuidado no remunerado, la brecha salarial, entre otros.

Se entiende por violencia de género al ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres y que se visibiliza en la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. Ésta se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción estriba en que en este caso el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer⁵.

Los estereotipos de género están presentes en la sociedad y estos se proyectan en las instituciones a través de las interpretaciones de las y los operadores de justicia cuando, los mismos, no logran abstraerse de los patrones sociales que se les ha inculcado y, en consecuencia, se niegan o minimizan las condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentra este grupo y se las revictimiza a través de sentencias que no logran una reparación integral de los daños.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), ratificada por Argentina en el año 1996 mediante la Ley 24.632, que goza jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1).

Por su parte, en el año 2009 se sancionó la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que se desarrollen sus relaciones interpersonales, de acuerdo con sus disposiciones "...se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las

⁵ RICO, Nieves, *Violencia de género: Un problema de derechos humanos*, julio 1996. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5855/1/S9600674_es.pdf.

perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

De la normativa reseñada se puede extraer que, la violencia de género no se limita a agresiones físicas, sino que comprende situaciones de agresión de índole psicológica y económica.

En este punto, entiendo relevante visibilizar la desigualdad que sufren las mujeres en la esfera económica, así como la interrelación que existe entre la violencia económica con las demás formas de violencia de género, pues la violencia económica impone una verdadera traba a las víctimas para poder alejarse de la situación de violencia estableciendo barreras al acceso a la justicia para su persona y su núcleo familiar y genera una situación de subordinación que acentúa la desigualdad social entre hombres y mujeres.

La mencionada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Belém do Pará), en el artículo 5, incorporó la afectación de los derechos económicos como parte del concepto de violencia y expresamente dispone que "Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos".

De la misma forma, la Convención para la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por nuestro país en el año 1985 y que desde el año 1994 goza de jerarquía constitucional, dispone expresamente en el artículo 13 que "Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres".

Por su parte, la ley 26.485 conceptualiza los distintos tipos de violencia de género y en el inciso 4 del art. 5 define la violencia económica y

patrimonial como “la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer a través de: a) la perturbación de la posesión tenencia o propiedad de sus bienes; b) la pérdida sustracción destrucción retención o distracción indebida de objetos instrumentos de trabajo documentos de personales bienes valores y derechos patrimoniales; c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) la limitación o control de sus ingresos así como la percepción de un salario menor por igualdad dentro de un mismo lugar de trabajo.

Por lo expuesto se puede concluir que, a las víctimas de violencia de genero – cualquiera sea la forma de violencia - se les limita y obstaculiza el pleno goce de sus derechos fundamentales, entre ellos, la posibilidad de acceso a la justicia, formando parte de un grupo vulnerable del cual se impone otorgarles preferente tutela.

Así ha sido receptado por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: “se consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad género, estado físico o mental y, por circunstancias sociales, económicas étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de Justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” y que “podrán constituir causas de vulnerabilidad entre otras como las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías como la victimización migración y el desplazamiento interno, a la pobreza, el género y la privación de la libertad”.

La mujer acreedora en el proceso concursal.

La rama del derecho de la insolvencia comprende la exigencia de interpretar y atender los distintos intereses que confluyen y colisionan frente al incumplimiento del deudor. De esta forma, el derecho y los intereses tutelados van sufriendo mutaciones a lo largo de la historia y generan el desplazamiento o la modificación de los principios y modelos concursales de los cuales nacen las tutelas diferenciadas.

Un principio del derecho de la insolvencia es la igualdad ante los acreedores, consistente en el derecho que poseen los acreedores a que su crédito sea satisfecho en igualdad de condiciones y proporcionalmente con el patrimonio del deudor que es la garantía común de sus créditos.

Ahora bien, a los fines del sistema de cobro, la ley establece un mecanismo de prioridades que, según diversas circunstancias, conforman una preferencia que “limita” el concepto de prenda común de los acreedores. Esto es, el régimen de privilegios.

El artículo 2573 del Código Civil y Comercial define el privilegio como la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia de otro, dejando en claro que la preferencia se concede a favor del crédito, mientras que, el artículo 2579 expresamente dispone que “en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos exista o no cesación de pagos”. De esta forma, la normativa establecida en la ley de concursos y quiebras - artículos 239 a 250 la ley 24522 - resulta autosuficiente.

En forma concordante, el artículo 239 de la ley 24.522 establece que al existir concurso solo gozarán de privilegio los créditos enumerados en el capítulo respectivo y conforme a sus disposiciones, estableciendo de esta forma un orden cerrado de privilegios.

Ahora bien, el derecho concursal como proceso en el que convergen intereses frente a la insolvencia del deudor, imperiosamente debe estar conformado por los lineamientos sociales y jurídicos respecto a la igualdad y el rol garantista del patrimonio, como así también, por la interrelación de éste con la efectiva tutela de los derechos humanos, debiendo tutelar a aquellas personas cuya indefensión provocaría que la limitación en el cobro de sus créditos genere la revictimización y limite el acceso a la vida digna.

Repensar el derecho concursal desde una perspectiva de género no resulta una tarea sencilla, pues ello implica traspasar los principios rígidos y arraigados del sistema.

La inserción de la perspectiva de género en el sistema del Derecho Mercantil implica conjugar lo que no siempre resulta sencillo y entraña un desafío al legislador y a quienes aplican el Derecho, esto es armonizar los principios de

autonomía y libertad de la empresa (y los restantes intereses en juego) con los principios formadores del ordenamiento, como el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres⁶.

En esta situación se encuentran las mujeres sometidas a violencia de género que encuentran dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos convirtiéndolas en sujetos vulnerables respecto de otros por el simple hecho de su género.

En el proceso concursal, el problema no radica en la inclusión en el pasivo del deudor, sino en la forma que ingresa este tipo de créditos al proceso. Ello por cuanto, al no estar tutelados por un privilegio concursal o prioridad de pago (pronto pago), forman parte de la masa quirografaria donde la posibilidad de cobro se dificulta o es casi nula, debiendo someterse a procedimientos largos que, muchas veces generan que no puedan participar en la conformación de las mayorías imponiéndoles los acuerdos que negocien los restantes acreedores.

Así, ante estas situaciones de vulnerabilidad, percibir su acreencia o no implica directamente la vulneración de los derechos humanos fundamentales en los que los artículos 239, 241, 242 y 243 LCQ no brindan una solución integradora y eficaz para tutelar los derechos en juego.

Como se mencionó precedentemente, el régimen de privilegios es un sistema cerrado con interpretación restrictiva, ahora bien, el criterio que debe seguirse encuentra su génesis en el Código Civil y Comercial, en la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales que gozan jerarquía constitucional.

La doctrina especializada ha dicho, en cuanto al sistema de los privilegios concursales frente a los derechos constitucionales, que "no caben dudas de que lo que hasta ayer era considerado un 'orden cerrado' ha dejado de serlo, y se ha abierto paso —con gran fuerza— a un sistema 'poroso' que deja atrás la estabilidad que el mencionado sistema poseía para delinear un tiempo en el cual la inestabilidad gobernará —de momento— esta cuestión"⁷.

⁶ PEREZ TROYA, A, *La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Mercantil 288, Barcelona, junio 2013, pág. 27 a 87.

⁷ VÍTOLO, Daniel Roque, *La evolución del régimen de privilegios en la Ley de Concursos y Quiebras. De un 'orden cerrado' estable a un 'orden poroso' inestable*, ED, [267], 05/04/2016, nro. 13.928.

De allí que, en estas situaciones, los derechos fundamentales deben ser interpretados y armonizados con las leyes especiales y los restantes cuerpos normativos, cuya importancia y utilidad han sido reconocidos actualmente al extremo de que el propio Código Civil y Comercial ha establecido reglas de prelación entre éste y aquellas normas microsistémicas⁸.

En primer lugar, al momento de compatibilizar y armonizar las normas de derecho interno con las normas de derecho internacional, el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) receptó la constitucionalización del derecho privado⁹.

Ello surge de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, cuando expresamente se hizo referencia a “la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de los derechos humanos con el derecho privado” y a que “se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”.

El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que en los casos que el código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables conforme con la Constitución nacional y los tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte y que se tendrán en cuenta la finalidad de la norma.

Por su parte, el artículo 2 CCCN dispone que la ley debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

De esta forma, se dispone la forma en que debe interpretarse y armonizar la ley.

⁸ JUNYENT BAS, Francisco y MARCOS, Fernando, *Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del acreedor involuntario*, en L. L. 2019-A, 337

⁹ ALFERILLO, Pascual E., *El proceso de constitucionalización del derecho civil*, Rev. UCES, disponible en: <http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/49>.

Al respecto el Dr. Rosatti sostuvo que “en su relación con los tratados internacionales, los artículos 1 y 2 CCCN formulan dos referencias concretas: sostienen que los casos civiles y comerciales deben ser resueltos conforme con aquellos tratados de Derechos Humanos en que la República sea parte y afirman que la ley civil y comercial debe ser interpretada teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados de Derechos Humanos”¹⁰.

A su vez, los artículos mencionados se complementan con el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

De esta forma, los magistrados y magistradas tienen el deber de evitar que se construyan barreras que vulneren la igualdad real entre hombres y mujeres al no interpretar el marco normativo de género (Tratados internacionales y constitución Nacional y leyes de orden público) y, en consecuencia, se construyan topes que vulneren la igualdad real entre hombres y mujeres generadas por siglos de discriminaciones.

Las decisiones judiciales y la forma en que los magistrados interpretan y armonizan las leyes, resultan una herramienta clave a la hora de construir la realidad social y generar una sociedad más justa e igualitaria. Una interpretación distinta implicaría que, la lucha por la igualdad real de las mujeres se torne ilusoria, ya que, ignorar la perspectiva de género e ignorar las normativas que la tutelan, no solo generaría un incumplimiento para el Estado argentino, sino que la tutela de los derechos humanos no se perfeccionaría en la práctica.

Es que “una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria para investigar, sancionar y reparar estos actos y prevenir de esta manera la impunidad¹¹”.

¹⁰ ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2016, Santa Fe, Pág. 57.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 2007. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>.

Existen diferentes Instrumentos Nacionales e Internacionales de los que surgen las obligaciones jurídicas asumidas por el Estado nacional en materia de aplicación y capacitación en género como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que entró en vigor el 19/07/1978 y fue aprobada por nuestro país mediante la Ley 23.054 el 01/03/1984 y, que desde 1994 goza de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional). De conformidad con los artículos 1° y 2° de la CADH, el Estado argentino se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en la misma, garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna y a adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades de la persona humana. Por su parte, el artículo 26 consagra el principio de progresividad y expresamente dispone que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Del mismo modo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificada por nuestro país en el año 1985 mediante la ley 23.179 y que desde el año 1994 goza de jerarquía Constitucional, dispone en los artículos 2 y 7 que los Estados miembros debe adoptar medidas especiales adecuadas para garantizar por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer en igualdad de condiciones con los hombres.

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará), ratificada por Argentina en 1996 mediante la Ley 24.632 que goza jerarquía superior a las leyes, dispone en su artículo 7 que el Estado parte debe adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, destacando la obligación de “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan,

entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

De esta forma, el sistema de control constitucional argentino deriva de la interpretación armónica de los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución conformando un sistema difuso y permitiendo que cada jueza o juez, sin distinción jerárquica, analice y verifique que las normas inferiores sean concordantes con la letra de nuestra Constitución. Asimismo, con la reforma constitucional del año 1994, se incorporó el deber de controlar que las normas internas se ajusten a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional dando lugar a otro sistema de control denominado el control de convencionalidad.

Corresponde en este punto, analizar el precedente de la Sala F de la Cámara Nacional Comercial donde se ha efectuado un completo análisis sobre los derechos humanos en juego en autos “Fundación Educar s/ concurso preventivo” (Expte. 23177/2016) y, en especial, el tratamiento efectuado con relación a la violencia de género que sufrió una niña menor de edad.

En 2008, una niña de 2 años fue abusada sexualmente por un empleado de maestranza en la escuela a la que asistía.

El establecimiento demandado se presentó en concurso preventivo el 3 de noviembre del 2016, previo a que finalizara el juicio civil promovido por los padres de la menor. En sede civil se determinó que la institución educativa debía indemnizar a la menor y a los progenitores por los daños y perjuicios ocasionados.

En el año 2017 se verificó un solo acreedor con un crédito, siendo en una parte privilegiado general y otra parte quirografario (AFIP), de esta forma, se fijaron mediante la resolución de categorización del 2 de agosto del 2017 estas dos categorías.

La propuesta del acuerdo homologado consistió en el pago del 100% de todos los créditos privilegiados y quirografarios en cuotas durante 5 años con un interés mensual del 2,03%. Asimismo, se manifestó que la propuesta homologada se haría extensiva a todos los acreedores admisibles reconocidos

mediante incidente de revisión para los créditos quirografarios eventuales o para los que soliciten verificación tardía.

Los padres de la menor se presentaron a iniciar la verificación del crédito pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales y solicitando que el crédito fuera reconocido como privilegio autónomo citando el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación (R.A.F y L.R.H de F) del 26/03/2019.

En primera instancia el pedido fue rechazado y el crédito fue verificado como quirografario limitando los intereses hasta el momento de la presentación del concurso por considerar que el crédito se encontraba sometido al acuerdo homologado en autos.

El magistrado de primera instancia refirió que no cabría otorgar un privilegio en el cobro del crédito en tanto no surge de la ley ni de las convenciones invocadas.

La resolución fue recurrida por los progenitores de la menor quienes sostuvieron que la sentencia de grado no consideró que el daño provocado a la menor proviene del abuso sexual que sufrió la niña, por lo que resulta de aplicación al caso los convenios internacionales que protegían a las mujeres víctimas de violencia de género. Adujeron que el art. 7 inc. g, de la Convención de Belem Do Pará estipula que las víctimas de violencia de genero tienen derecho a acceder a una indemnización justa y los Estados tienen el deber de garantizarla.

Concluyeron que, asimilar el crédito de la menor con un crédito comercial, resulta contrario a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones modificó la sentencia recurrida y declaró el crédito de carácter intangible e inoponible a los efectos concursales, ordenando el pago íntegro del crédito. Para así resolver, los magistrados refirieron que “Si se aceptara que el crédito de K.M. se redujera por efecto de normado en los arts. 19 y 55 LCQ quedaría totalmente desdibujada la especial, mayor, prioritaria y efectiva tutela deferida a las niñas víctimas de

violencia de género que consagran los instrumentos internacionales y las leyes internas ya referido. Además de provocarse la revictimización de K.M., todo a expensas de un criterio interpretativo que no satisface ni conforma aquellos mandatos que deben primar en el análisis jurídico cuando involucra tópicos tan sensibles como la de la especie”.

Cabe hacer una mención especial al voto del Dr. Barreiro que, si bien compartió la solución propuesta por la mayoría, entendió que resultaba necesario un pronunciamiento expreso sobre la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios de la LCQ (arts. 239, párrafo 1º; 241; 242 parte general; 243 parte general e inciso 2º).

1. Entendió que prestar íntegra protección a quienes pueden ciertamente ser consideradas personas colocadas en situación de hipervulnerabilidad por su género y edad, requiere evaluar el caso en toda su complejidad y efectuar las distinciones que conduzcan a un resultado que asegure la efectiva vigencia de los derechos y el respeto por aquellos intereses considerados prevalentes por la legislación.
2. Adujo que la dignidad de las personas humanas es en el texto constitucional, aparezca o no puntualmente aludido, constituye un mínimo que no puede perforarse.
3. Sostuvo que el art. 75, inc. 23, CN, impone garantizar la igualdad de oportunidades y de trato. De esta forma, el texto constitucional nos coloca ante el desafío de actuar positivamente en procura de eliminar obstáculos discriminatorios irrazonables.
4. Manifestó que, pretender ampararse en un régimen legal, como es el sistema de los privilegios concursales, no puede significar el desplazamiento de principios especiales de protección, asentados en la eliminación real de la desigualdad y la indignidad en el trato.
5. Refirió que el caso debe quedar regido por un criterio de interpretación que consideró sustancial: la igualdad real se alcanza solo mediante la ponderación de las concretas diferencias que se evidencien en cada caso, sea que afecten a grupos de personas o a cualquiera de sus integrantes individualmente. Ello supone, además, la previa

identificación de sus causas y sus consecuencias para proveer la respuesta más adecuada con arreglo a las circunstancias. A dichos fines consideró que el régimen de los tres primeros artículos del CCyC es suficientemente flexible.

6. Advirtió que puede considerarse que en el juzgamiento de la evidente tensión entre las disposiciones concursales -con carácter sustancial y específicas, que contienen un esquema cerrado de unificación de los privilegios- y los derechos de la niña K., apreciada mediante la estricta aplicación del diálogo de fuentes, puede superarse prudentemente en este particular caso con sujeción al interés superior de niños y niñas.
7. Concluyó que la decisión sugerida no significa avasallar el régimen de preferencias de la ley 24.522 sino, simplemente, modularlo según las circunstancias especiales de la causa a fin de asignar a ciertos derechos e intereses superiores el efecto que debe reconocérseles. Ni puede derivarse de ella que tenga por consecuencia desarticular irreflexiva y arbitrariamente ese régimen de prelación.

Por lo expuesto, resolvió que correspondía revocar parcialmente la resolución apelada y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 19; 54; 55; 56; 239, párrafo 1°; 241; 242 parte general; 243 parte general e inciso 2°, de la ley 24.522; declarar verificado el crédito de la niña K.M. y asignarle el carácter de “privilegio autónomo” con derecho a cobro preferente en relación con los demás acreedores concurrentes y a los que en el futuro se pudieran incorporar al pasivo concursal; disponer el pago íntegro e inmediato del crédito de la niña K. sin sujeción a los términos del acuerdo homologado y que el cobro podrá efectivizarse -a elección de la acreedora- en cualquiera de las especies (dólares o pesos). Para el caso de optarse por la percepción de su crédito en dólares estadounidenses, la conversión a moneda nacional habrá de efectuarse con la adición del 30% del impuesto PAIS, art. 35 Ley 27.541.

El tema abordado nos permite focalizar en una cuestión controvertida respecto a si los jueces y juezas tienen la potestad de consagrar privilegios, en contradicción a lo establecido por el artículo 2574 del Código Civil y Comercial y el art. 239 LCQ.

Existen discrepancias jurisprudenciales y doctrinarias en relación con la creación de privilegios por parte de los magistrados y magistradas, donde la solución al caso se encontraría cuando el legislador o la legisladora, a través de una reforma a la ley concursal plasme aquellas tutelas a quienes por su condición se impone su reconocimiento. Ahora bien, entiendo que, a fin de evitar soluciones contrarias a la tutela efectiva de los derechos humanos, la interpretación que debe efectuarse es aquella que surge de nuestra Constitución Nacional y de las numerosas normas de carácter suprallegal en la que Argentina es parte.

Pretender ampararse en un régimen legal, como es el sistema de los privilegios concursales, que fue diseñado en base a la disputa de derechos patrimoniales que cuentan también con protección constitucional, no puede significar el desplazamiento de principios especiales de protección, asentados en la eliminación real de la desigualdad y la indignidad en el trato. Esta es la función de las normas generales de Derechos Humanos de la Constitución y los instrumentos internacionales de esa misma naturaleza¹².

Por lo expuesto considero que, si bien la interpretación del régimen de privilegios es de carácter restrictivo y su origen es exclusivamente legal, frente a situaciones de extrema vulnerabilidad donde se encuentran en juego los derechos humanos, el régimen de los privilegios concursales no resulta autosuficiente, sino que debe armonizarse con las normas que consagran la protección de los derechos humanos, correspondiendo a los magistrados y magistradas compatibilizar dichas normas conforme lo prevé el artículo 3 de nuestro CCCN.

En definitiva, entiendo que para avanzar en la esfera de la igualdad real y la tutela de las mujeres sometidas a situaciones de vulnerabilidad, la ley concursal debe establecer un régimen especial para este tipo de acreedoras que hoy ingresan al pasivo con créditos quirografarios, empero los jueces y juezas, como así la doctrina especializada, tienen el deber de interpretar y utilizar la Constitución Nacional y/o los Tratados Internacionales para el caso concreto, debiendo procurar nuevos pensamientos y soluciones en camino hacia la

¹² GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Convencionalidad, discapacidad y normatividad*, en L. L. 2019-A, 152.

integración de género que implique la protección esencial de los derechos humanos de la mujer y que constituyan la ruptura de los principios históricamente impuestos, especialmente cuando se trata personas en situación de extrema vulnerabilidad como sucede con los supuestos de violencia de género.

De lo reseñado se desprende:

1. La imperiosa necesidad de que la ley concursal se adapte y armonice en todo con el bloque constitucional a fin de lograr una efectiva tutela a los derechos humanos.
2. Los magistrados deben evitar que la interpretación restrictiva que se efectúe sobre el régimen de privilegios cercene los derechos humanos que tutelan a las personas vulnerables víctimas de violencia de género.
3. Se debe seguir el camino hacia el modelo de democracia regido por la igualdad real, a fin de alcanzar una sociedad más justa y diversa.
4. La igualdad real se trata de un mandato constitucional pero que, a su vez, es convencional ya que el incumplimiento de la normativa trae aparejada la responsabilidad internacional que asumió el Estado Argentino que forma parte de las bases del sistema jurídico.